المجلد الرابع من

# مختارات النوازل

تأليف
شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر
بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني
(٥٣٠هـ-٥٩٣هـ)

مؤسسة إيفا للطبع والنشر

المجلد الرابع من:

# مختارات النوازل

تأليف

شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر
بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني
(٥٣٠هـ - ٥٩٣هـ)

تحقيق و مراجعة

المفتي محمد سراج الدين القاسمي

المفتي غلام مصطفى الندوي

مؤسسة إيفا للطبع والنشر - نيودلهي

١٤٣٤هـ ـــــــ ٢٠١٣م

١٦١-ايف، بيسمنت، ص. ب.: ٩٧٠٨
جامعة نغر، نيو دلهي-١١٠٠٢٥
هاتف: (٢٦٩٨١٣٢٧-١١-٠٠٩١)
الموقع: www.ifapublications.com
البريد الإلكتروني: ifapublications@gmail.com

# مختارات النوازل

بسم الله الرحمن الرحيم

# تقديم

إن جميع أحكام الشريعة الإسلامية مبنية على العدل، ﴿إن الله يأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذي القربى﴾ (النحل: ٩٠) ولابد لإقامة العدل من دفع الظلم، فكل مجتمع لا يمنع فيه الظالمون من الظلم، ولا يؤدي فيه حق المظلومين إليهم يحرم الأمن والسلام، ولابد لإقامة العدل من أمرين: القوانين العادلة والهيئة التي تستطيع تنفيذها، لا يمكن وجود قانون على وجه الأرض أكثر عدلاً وأوفر قسطاً من الشريعة الإسلامية، وقد في الإسلام إنشاء نظامين لتنفيذها: نظام المحاكم الذي تصدر منه الأقضية في الخصومات على أساس العدل والإنصاف، والنظام الإداري الذي يقوم بتنفيذ تلك الأقضية، فقد اهتم الإسلام بنظامه القضائي اهتمامًا بالغًا، وألقى الفقهاء الضوء على أحكام القضاء بغاية من التفصيل، ولو قمنا بالمقارنة بين القوانين القضائية الإسلامية والقوانين الوضعية السائدة في مختلف بلدان العالم لوجدنا أن المقننين المعاصرين للبلدان الراقية، أكثروا الاستفادة من القوانين الإسلامية، وكلما انحرفوا عنها حدث فيها نقص عجيب، ولذلك أمر الإسلام بتوفير الإنصاف مجانًا، ولكن الإنصاف قد غلا سعره في هذا الزمان، وتعذر الحصول عليه لكثير من المظلومين، ولقد قام فقهاء الإسلام بترتيب القوانين القضائية المبنية على نصوص الكتاب والسنة بدقة واستقصاء، وسائر الكتب الفقهية متضمنة كتاب القضاء، وبهذا يتصل موضوع هذا المجلد الرابع الأخير من كتاب "مختارات النوازل"، فقد جاءت فيه أبواب أدب القاضي، والقسمة،

والشهادة، والدعوى، والإقرار، والحجر، والصلح، والجنايات، والـــديات، وهناك أبواب أخرى لها صلة بالقضاء، فإنها تفوض إلى القاضي في حالة النـــزاع، ولذلك ذكرت مع كتاب القضاء.

ويسر أعضاء المجمع ويسعدهم أن هذا الكتاب الهام من كتب الفقه الحنفي الذي لم يطبع حتى الآن يأتي إلى حيز الظهور من قبل المجمـــع، وبالله التوفيق وهو المستعان.

والأخ الفاضل الأستاذ غلام مصطفى الندوي قام بنقل العبارة من نسخ "ع" و"ن"، والمقارنة بينها والتعليق على هذا المجلد من الكتاب إلـــى حد مّا، ولكن الأخ المفتي محمد سراج الدين القاسمي الباحث في القـــسم العلمي للمجمع هو الذي قام بمقارنة هاتين النسختين بالنسخة المدنية التي سميت بـــ "م"، وزوّده بالتعليقات المفيدة، واستفاد من "الهدايـــة" و"فتـــاوى النوازل" للعلامة أبي الليث السمرقندي في حل بعض العبارات الغامــضة بالإضافة إلى تخريج الأحاديث الواردة في هذا الكتاب، وقراءة البروفات الطباعية، وراجعه نهائيا الشيخ الجليل والفقيه النابه زبير أحمد القاســمي عضو الهيئة الإدارية لمجمع الفقه الإسلامي بالهند، وقرأه قراءة متأنيـــة، وأفادنا بآراء مفيدة، استفاد منها الأخ محمد سراج الدين على مشورة مـــن كاتب هذه السطور، وهكذا يصل هذا الكتاب محققًا ومهذبًا إلى أيديكم، تقبل الله هذا الجهد العلمي ونفع به الأمة.

**خالد سيف الله الرحماني**

**ا مين العام لمجمع الفقه الإسلامي بالهند**

**٣٠/صفر ١٤٣٤هـــ**

**١٣/يناير ٢٠١٣م**

# المجلد الرابع من مختارات النوازل

# كتاب أدب القاضي

١- الأدب: الدعاء إلى حسن الشيء، والأدب بتسكين الدال هو دعاء الناس إلى المأدبة وهي الطعام، وإنما سمي هذا به لأنه يدعو الناس إلى المحامد والفضائل[1].

٢- وأدب القاضي أن يكون له شرائط الشهادة؛ لأنه من باب الولاية، فما يشترط لأحدهما يشترط للآخر[2]، قال شمس الأئمة

---

[1]- الأدب: الذي يتأدب به الأديب من الناس، سمي أدباً لأنه يأدب الناس إلى المحامد وينهاهم عن المقابح، وأصل الأدب الدعاء، ومنه قيل للصنيع يدعى إليه الناس: مَدعَاة ومأدُبة. والمأدبة بضم الدال المهملة كما هو المشهور، والأدب -بتسكين الدال- مصدر من أَدَبَ القومَ: إذا دعاهم إلى طعامه. (تاج العروس١/١٤٤، فصل الهمزة من باب الباء، وكذا في لسان العرب١/٢٠٦، مادة أدب).

[2] - قال ابن الهمام: كل من القضاء والشهادة يستمد من سر واحد، هو شروط الشهادة من الإسلام، والبلوغ، والعقل، والحرية، وكونه غير أعمى، ولا محدوداً في قذف، والكمال فيه أن يكون عدلاً عفيفاً، عالماً بالسنة، وبطريق من كان قبله من القضاة، (فتح القدير٧/٥٣-٢٥٢، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان) وزاد عليه في الهندية فقال: ولا أصم، ولا أخرس، وأما الأطرش وهو الذي يسمع القوي من الأصوات، فالأصح جواز توليته (الهندية ٣/٣٠٧، ط دار الفكر).

السرخسي رحمه الله: إعلم أن القضاء[1] بالحق من أقوى الفرائض بعد الإيمان بالله، وهو من أشرف العبادات حيث قال عليه السلام:" عدل ساعة خير من عبادة ستين[2] سنة"[3]، وقد أمر الله تعالى أن يحكم بين الناس بالحق، وقال الله تعالى: ﴿وأن احكم بينهم بما أنزل الله﴾[4] وهذا لأن في[5] القضاء بالحق إظهار العدل، ودفع الظلم من المظلوم، وإنصاف المظلوم من الظالم، وإيصال الحق إلى المستحق، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، فلأجله بعث الأنبياء صلوات الله عليهم، وبه اشتغل الخلفاء الراشدون[6] رضي الله عنهم، روي أن عمر رضي الله عنه كتب إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه: "أما بعد: فإن القضاء فريضة

---

[1]- حقيقة القضاء الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام، ومعنى قولهم: قضى القاضي، أي ألزم الحق أهله (معين الحكام ص:٦).

[2]- وفي (ن): "سنتين".

[3]- أخرجه المنذري عن أبي هريرة ولفظه: قال رسول الله -ﷺ-: "يا أبا هريرة عدل ساعة أفضل من عبادة ستين سنة، قيام ليلها، وصيام نهارها"، قال الألباني: ضعيف جداً، وفي رواية: "عدل يوم واحد أفضل من عبادة ستين سنة" قال الألباني: ضعيف، (ضعيف الترغيب والترهيب ٧٠/٢، كتاب القضاء مكتبة المعارف للنشر والتوزيع الرياض).

[4]- المائدة: ٤٩. كذا في (ن،ع)، وفي (م): قال الله تعالى: ﴿أن احكم بينهم بالحق﴾، ﴿وأن احكم بينهم بما أنزل الله تعالى﴾. في الأصل ههنا آيتان، فالآية الأولى: ﴿فاحكم بين الناس بالحق﴾ (ص: ٢٦)، والآية الثانية كما في المتن.

[5]- "في" ساقط في (ن، ع).

[6]- وفي النسخ الثلاث: "الاشدين"، والصحيح ما كتبناه.

محكمة [أي مقطوع بها، ليس فيها احتمال تأويل ولا تخصيص ولا نسخ][1]، وسنة متبعة، فافهم إذا أدلى إليك الخصمان آس[2] بين الناس في وجهك، ومجلسك، وعدلك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا يخاف[3] ضعيف من جورك، البينة على المدعي واليمين على من أنكر، والصلح جائز بين الناس"، الحديث[4] بطوله[5].

٣- ولا ينبغي أن يطلب الولاية بقلبه، ولا يسأل[6] بلسانه، فإن فعل فهو مسيئ[7] لقوله عليه الصلاة والسلام للعباس: "لا تطلب الإمارة فإنك إن طلبتها وكلت إليها فإن أعطيتها أعنت عليها"[8].

---

[1] - ما بين القوسين توضيح من المصنف.

[2] - كذا في البدائع٩/٧، وفي (ن، ع): اسر، وهو تصحيف، و"آس" بالمد وكسر السين: أمر بالمؤاساة (طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية ص: ٢٦٤).

[3] - وفي (ن، ع): "تخاف" بالتاء وهو خطأ.

[4] - "الحديث" ساقط في (ن، ع).

[5] - راجع الخطبة في إعلام الموقعين (٨٦/١، خطاب عمر في القضاء)، وبدائع الصنائع (٩/٧).

[6] - وفي (م): "يسأله".

[7] - وفي (ن، ع): "بيني".

[8] - رواه الترمذي نحوه في الأحكام "باب ذكر الشهادة" (سنن الترمذي:٣٠٣/٢)، ورواه البخاري أيضاً في الأحكام، عن عبد الرحمن بن سمرة قال قال لي رسول الله -ﷺ-: "يا عبد الرحمن! لا تسأل الإمارة" الخ (صحيح البخاري رقم: ٢٢٦٢، ٢٢٦٧، باب من لم يسأل الإمارة أعانه، وباب من سأل الإمارة وكل إليها) وأخرجه مسلم (رقم:١٦٥٢)، والنسائي (٢٢٥/٢)، وقول المصنف: "للعباس" ما وجدت.

٤- وإذا كان للقاضي من العلم ما يجوز قضاؤه يجوز له أن يقبل القضاء وإن كان غيره أفضل، لأن معاوية رضي الله عنه تولاه وكان في[١] أصحابه أفضل منه، ولكن الأفضل أولى منه، لأن الأفضل يعمل بفتوى نفسه، وهو يعمل بفتوى غيره، ولكن هو في سعة، إن شاء قبله و إن شاء امتنع عنه[٢]، وامتناعه أولى من قبوله، لقوله عليه السلام: "من ابتلي بالقضاء فكأنما ذبح نفسه[٣] بغير سكين"[٤]، والذبح بغير السكين هو الخنق، وهو يؤثر في الباطن دون الظاهر، وكذا هذا يؤثر في باطنه[٥]، فالدخول فيه لمن يقدر عليه رخصة، والترك عزيمة[٦]، ولهذا قال في الكتاب[٧]: ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه[٨]، وهذا يدل على

---

١- "في" ساقط في (ن، ع).

٢- انظر: الهداية مع الفتح(٢٤٥/٧).

٣- "نفسه" ساقط في (ن، ع).

٤- رواه الترمذي في الأحكام عن أبي هريرة بمعناه، وقال: هذا حديث حسن غريب، (سنن الترمذي: ٢٤٧/١)، وأبوداود (٣٥٧٢)، وابن ماجه (٢٣٠٨)، والحاكم: ٩١/٤.

٥- "وكذا هذا يؤثر في باطنه" ساقط في (ن، ع).

٦- كذا فى الهداية (ر:الهداية مع الفتح٢٤٢/٧)، وفيه: "والصحيح أن الدخول فيه رخصة" وفي ملتقى الأبحر: "والترك عزيمة عند الجمهور" كما في البزازية (٢٢٥/٢).

٧- وهو المختصر لأبي الحسن بن أحمد بن محمد بن جعفر البغدادي، المعروف بالقدوري المتوفى (٤٢٨هـ).

٨ – مختصر القدوري مع الجوهرة النيرة ٣٤٢/٢ ط مكتبة حقانية، ملتان.

أن تركه أفضل لمن يثق بنفسه[1]، والذي يخاف العجز عن نفسه[2] يكره له الدخول فيه[3]، ولهذا امتنع كثير من العلماء مثل الشعبي، وأبي حنيفة وغيرهما رضي الله عنهم، إلا إذا كان هو أهل للقضاء دون غيره، فحينئذ يفترض عليه التقلد[4] صيانة لحقوق العباد، وإخلاء للعالم[5] عن الفساد، فإن امتنع منه يأثم به[6].

٥- فقيهان أحدهما أفقه، والآخر أورع، فالأورع أولى.

٦- وتقليد الجاهل صحيح عندنا، خلافا للشافعي[7] رحمه الله، اعتباراً بشهادته، ولأنه يقدر على القضاء بفتوى غيره، والعالم أولى به إذا كان من أهل الاجتهاد، و للمقلد أن يختار الأولى[8].

---

[1]- زاد في (ن، ع): "فكيف من لا يثق".

[2]- "عن نفسه" ساقط في (ن، ع).

[3]- ر: الهداية ١٣٣/٣، كتاب أدب القاضي.

[4] - وفي النسخ الثلاث: "التقليد" والصواب ما كتبناه في المتن.

[5]- كذا في الهداية (الهداية مع فتح القدير ٢٤٣/٧، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان)، وفي (ن، ع): "أخلاء للعلماء"، والصواب ما في المتن.

[6]- وفي الهداية: فحينئذ يفترض عليه التقلد الخ (الهداية مع فتح القدير ٢٤٣/٧، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[7]- وهو يقول: إن الأمر بالقضاء يستدعي القدرة عليه، ولا قدرة دون العلم (ر: العناية في هامش فتح القدير: ٢٥٧/٧).

[8]- كذا في مجمع الأنهر ١٥٥/٢، وفيه: فيصح تقليد الجاهل عندنا، لأن المقصود من القضاء إيصال الحق إلى مستحقه وذلك يحصل بالعمل بفتوى غيره، ويختار المقلد الأقدر والأولى، لأنه خليفة رسول الله عليه الصلاة والسلام، وفي زماننا

٧- وتكلموا في حد الاجتهاد، قيل: حده أن يكون العالم حاويا علم الكتاب، ووجوه معانيه، وعارفا علم السنة بطرقها، ومتونها، ووجوه معانيها، وأن يكون مصيبا في القياس، وعالما مذاهب الناس وعرفهم، وأن يكون صاحب حديث، له معرفة بالفقه، أو صاحب فقه، له معرفة بالحديث[١]، والاجتهاد شرط الأولوية عندنا هو الصحيح[٢].

٨- وأما الفاسق فهو أهل للقضاء، لأنه أهل للشهادة حتى لو[٣] قبل القاضي شهادته و يجوّز يجوز[٤].

---

الاحتياط فيما قلنا، لأن في اشتراط العلم والعدالة سد باب القضاء (ر: مجمع الأنهر وملتقى الأبحر ١٥٥/٢، دار إحياء التراث العربي بيروت – لبنان).

١- وقال ابن الهمام: إن المجتهد يحتاج إلى الأمرين جميعا وهو تحرزه من القياس في معارضة النص، ومعرفة معاني الآثار ليتمكن من القياس، فالوجه أن يقال: صاحب حديث وفقه ليعرف معاني الآثار، ويمتنع عن القياس بخلاف النص، والحاصل أن يعلم الكتاب والسنة بأقسامهما من عبارتهما، وإشارتهما، ودلالتهما، واقتضائهما، وباقي الأقسام ناسخهما، ومنسوخهما، ومناطاة أحكامهما، وشروط القياس، والمسائل المجمع عليها، لئلا يقع في القياس في مقابلة الإجماع وأقوال الصحابة، لأنه قد يقدمه على القياس فلا يقيس في معارضة قول الصحابي ويعلم عرف الناس (فتح القدير ٢٤٠/٧، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

٢- احتراز عما قال محمد رحمه الله في الأصل: إن المقلد لا يجوز أن يكون قاضياً (ر:فتح القدير ٢٥٦/٧).

٣- "لو" ساقط في (ن، ع).

٤- وفي (ن، ع): "تجوز". وقال ابن نجيم المصري: والفاسق أهل للقضاء كما

٩- ولو كان القاضي عدلا ففسق بأخذ الرشوة أو غيره لا ينعزل عندنا، ولكن يستحق العزل[١]، وهو ظاهر المذهب[٢] كالأمير[٣] العدل إذا جار، وقال الشافعي رحمه الله:لا يجوز قضاؤه كما لا تجوز شهادته عنده[٤]، وقال بعضهم: إذا قلد الفاسق ابتداءً يصح وينفذ قضاؤه، إلا أن لقاض آخر إذا رأى خلافه يبطله، ثم ليس لقاض آخر[٥] أن ينفذه[٦].

---

هو أهل للشهادة إلا أنه لا ينبغي أن يقلد لما قدمنا أنهما من باب واحد ولا ينبغي تقليده، لأن القضاء من باب الأمانة، والفاسق لا يؤتمن في أمر الدين لقلة مبالاته به كما لا ينبغي قبول شهادته، فان قبلها نفذ الحكم بها و في غير موضع ذكر الأولوية، يعني الأولى أن لا تقبل شهادته وإن قبل جاز، وفي فتح القدير: و مقتضى الدليل أن لا يحل أن يقضي بها فإن قضى جاز ونفذ (ر: البحر الرائق: ٢٨٤/٦، دار المعرفة بيروت – لبنان).

[١]- وفي (ن، ع): "يتحق العزل"، وهو تصحيف، وفي (م): "يستحق للعزل"..

[٢]- وعليه مشايخنا رحمهم الله، وروي عن الكرخي أنه ينعزل بالفسق، وهو اختيار الطحاوي (ر: العناية في هامش فتح القدير ٢٥٤/٧).

[٣]- وفي (ن،ع): "كالأمين".

[٤]- لا يجوز أن يكون القاضي كافراً، ولا فاسقاً، ولا عبداً، ولا صغيراً، ولا معتوهاً، لأنه إذا لم يجز أن يكون واحد من هؤلاء شاهداً لا يجوز أن يكون قاضياً أولى (المجموع شرح المهذب: ٤/٢٢، كتاب الأقضية ط دار الفكر بيروت – لبنان).

[٥]- وفي (م): "ثم لقاض آخر ليس له".

[٦]- كذا في الهداية (الهداية مع الفتح٢٣٥/٧) وفي البحر: وعن علماءنا الثلاثة في النوادر أنه لا يجوز قضاءه، وقال بعض المشايخ: إذا قلد الفاسق ابتداء يصح، ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق، وقوله: يستحق العزل معناه يجب على السلطان عزله، كذا في البزازية، وفي المعراج: يحسن عزله، فقد

١٠- ولو قلده وهو عدل ثم صار فاسقا ينعزل بالفسق[1]؛ لأن

---

اختلف في معنى الاستحقاق كما اختلف في توليته ابتداء (ر:٢٨٤/٦، ولقول الشافعي انظر: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملى ٢٤٤/٨).

[1] - اعلم أن الفسق على نوعين: فسق اعتقادي، وفسق عملي، أما الفاسق اعتقاداً فيصح تقليده بالقضاء عندنا لأنه أهل للشهادة بلا خلاف، قال برهان الدين المرغيناني: تقبل شهادة أهل الأهواء إلا الخطابية (الهداية ١٦٣/٣)، وقال الشامي: وإنما تقبل شهادتهم، لأن فسقهم من حيث الاعتقاد وما أوقعهم فيه إلا التعمق والغلو في الدين (رد المحتار ٥٢١/٤)، أما الفاسق من حيث العمل فقد اتفق مشايخنا على أنه لا ينبغي تقليده بالقضاء، ولو قلده يصح (الهداية ١٣٢/٣)، ثم اختلفت الروايات فيما إذا كان القاضي عدلاً ففسق بأخذ الرشوة أو غيرها، فقال مشايخنا البخاريون والسمرقنديون: لا ينعزل ويستحق العزل وهو ظاهر المذهب (ر: فتح القدير ٢٥٤/٧)، وقال بعض المشايخ: إذا قلد وهو عدل ينعزل بالفسق، وبه قال الكرخي، واختاره الطحاوي (ر: العناية في هامش فتح القدير٢٥٤/٧)، وقيل: وعليه الفتوى، ولكن ابن نجيم قال: وهو غريب ولم أره، والمذهب خلافه (ر: البحر الرائق٢٨٤/٦، دار المعرفة) كأنه مال إلى عدم الانعزال بالفسق، وقد أجاد البحث في ذلك صاحب خلاصة الفتاوى فقال: واختلفت الروايات في تقليد الفاسق بالقضاء، والأصح أنه يصح التقليد ولا ينعزل بالفسق، قال في المحيط: إنما يستحق العزل عند عامة المشايخ إلا إذا شرط في التقليد أنه متى جار ينعزل، وعند الشافعي ينعزل... وفي نوادر هشام عن أبي يوسف رحمهما الله: القاضي إذا فسق، أو ارتد، أو عمى، ثم صلح، أو أسلم، أو أبصر فهو على قضائه، وما قضى في فسقه، وعماه، أو ردته لم يصح، فهذا دليل على أنه لم ينعزل سواء كان فاسقاً حين قلده، أو كان عدلاً ثم فسق، فصار كالخليفة لا ينعزل بالفسق، وهذا بناء على أن الفاسق هل يصلح شاهداً، عندنا يصلح شاهداً، والأولى أن لا يقبل شهادة الفاسق، ومع هذا لو قبل وقضى بها نفذ القضاء، فكذا القضاء، (خلاصة الفتاوى ٣/٤، كتاب أدب القاضي).

المقلد اعتمد على عدالته وقلده فلم يكن راضيا بتقليده دونها. وهذا بناءً على أن الفاسق هل يصلح شاهداً[1]؟ فيه خلاف، ثم القاضي إذا أخذ الرشوة، قيل:[2] يبطل جميع قضاياه[3] بحق، لأنه لم يبق أمينا[4]، وقيل: يبطل القضاء الذي أخذ[5] فيه الرشوة، لأنه لما أخذ الرشوة صار كأنه مستأجرا على القضاء، والاستيجار على القضاء باطل؛ لأن القضاء من أعظم الطاعات، وهو واجب عليه، فيبطل به القضاء كما لو كانت الأجرة مشروطة[6].

---

[1]- كذا في خلاصة الفتاوى٤/٣، والعبارة في (ن) ناقصة غير واضحة المعنى وفي (م): وهل يصلح الفاسق مفتياً والصحيح ما كتبناه.

[2]- قال ابن الهمام: وحكي في الفصول في نفاذ قضاء القاضي فيما ارتشى فيه ثلاثة أقوال: (ا) لا ينفذ فيما ارتشى فيه، وينفذ فيما سواه، وهو اختيار شمس الأئمة، (٢) لا ينفذ فيهما، (٣) ينفذ فيهما وهو ما ذكر البزدوي ثم قال: وهو حسن (ر: فتح القدير٧/٢٥٤)، كذا ذكر ابن نجيم ثم قال: قدمنا عن الخانية: الإجماع على أنه إذا ارتشى لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى فيه... وفي السراج الوهاج معزياً إلى الينابيع قال أبو حنيفة: لو قضى القاضي زماناً بين الناس ثم علم أنه مرتش ينبغي للقاضي الذي يختصمون إليه أن يبطل كل قضاياه، وفي البزازية: فإن ارتشى وكيل القاضي، أو كاتبه، أو بعض أعوانه، فإن بأمره ورضاه فهو كما لو ارتشى بنفسه، وإن بغير علمه ينفذ قضاؤه، وعلى المرتشي رد ما قبض (ر: البحر الرائق٦/٢٦١، دار المعرفة).

[3]- وفي (ن): "فتاواه".

[4] – في (ن): "قاضياً".

[5] – كذا في (ن)، و"أخذ" ساقط في (م).

[6]- كذا في (ن)، وفي (م): "كما لو كان الأجرة مشروطا".

١١- ويجوز التقلد من السلطان الجائر[١] كما يجوز التقلد من العادل؛ لأن الصحابة رضي الله عنهم تقلدوا من معاوية رضي الله عنه، وكان الحق في يد علي رضي الله عنه في نوبته[٢]، والتابعون تقلدوا من الحجاج وهو كان جائرا[٣].

١٢- ويجلس القاضي للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد[٤] كيلا يشتبه مكانه على الغرباء[٥]، لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان[٦] يفصل الخصومة في معتكفه[٧]، وكذا الخلفاء الراشدون[٨]، والجامع أولى لأنه أشهر، وقال الشافعي رحمه الله: يكره الجلوس في المسجد للقضاء

---

[١]- في النسخ الثلاث: "ويجوز شرط التقليد من السلطان الجابر، إلا أن في (ن): "الجائر" والصحيح ما كتبناه كما في الهداية ومجمع الأنهر.

[٢]- وفي (ن): "وبينه" وفي (م): "ونوبته" والصواب ما كتبناه كما في الهداية (١٣٤/٣).

[٣] - وفي (م): "جابراً".

[٤] - وفي (ن): "المجلس".

[٥] - ر: الهداية مع الفتح (٢٥٠/٧).

[٦] - في (م): "كان" ساقط.

[٧] - ثبت ذلك من أحاديث، ر: صحيح البخاري ٦٥/١ كتاب الصلاة، باب التقاضي والملازمة في المسجد، وباب رفع الصوت في المسجد ٦٧/١، صحيح مسلم: ١٦/٢، باب استحباب الوضع من الدين.

[٨]- أخرج البخاري في "باب من قضى ولاعن في المسجد": ولاعن عمر عند منبر النبي -صلى الله عليه وسلم- وقضى شريح، والشعبي، ويحيى بن يعمر في المسجد، الخ (صحيح البخاري مع فتح الباري ١٥٤/١٣، دار المعرفة).

احترازا عن دخول المشرك والحائض[1].

١٣- ولو جلس في داره لا بأس به، ويأذن للناس بالدخول فيه[2].

١٤- ويجلس معه من الفقهاء وأهل الرأي، و ينصب كاتبا من أهل العدل، والصلاح، والشهادة، و يجعل كل شهر قمطرا[3] على حدة حتى تكون تذكرة له[4].

---

[1] - ر: كتاب الأم ١٩٨/٦، وفتح الباري ١٩٤/١٣، كتاب الأحكام، وفي نهاية المحتاج للرملي: أن لا يتخذ المسجد مجلساً للحكم فيكره ذلك صوناً عن ارتفاع الأصوات (نهاية المحتاج ٢٥٣/٨).

[2] - قال فضيلة الشيخ القاضي مجاهد الإسلام رحمه الله: اعتبر الفقهاء بشأن مجلس القضاء ثلاثة أمور، الأول: أن يكون فيه إذن عام حتى لا يصعب على أهل الحوائج الدخول فيه، والثاني: أن يكون معروفاً بين الناس حتى يسهل عليهم الحضور فيه، والثالث: أن يكون أبعد عن التهمة والظنة، فإذا كان للقضاء مجلس معين فأولى، وإن لم يكن كذلك فينبغي أن يقضي في مدرسة من المدارس، لأنها تتوفر فيه الشروط الثلاث المذكورة، وكذلك يكون فيه الاحتراز عن الخلاف الذي يوجد في القضاء في المسجد بين الفقهاء الخ (ر: النظام القضائي الإسلامي ص: ١٣٨،ط: دار الكتب العلمية بيروت، لبنان ترجمة من الهندية إلى العربية).

[3] - هو بكسر القاف وفتح الميم وتسكين الطاء، وهو الذي يشد فيه النسخ (طلبة الطلبة: ٢٦٨).

[4] - ونقل ابن الهمام: وروي أن عثمان رضي الله عنه ما كان يحكم حتى يحضر أربع من الصحابة، و يستحب أن يحضر مجلسه جماعة من الفقهاء ويشاورهم، وكان أبو بكر يحضر عمر، وعثمان، وعليا حتى قال أحمد: يحضر مجلسه الفقهاء من كل مذهب، ويشاورهم فيما يشكل عليه، (ر: فتح القدير ٢٥٣/٧) =

١٥- ولا يجلس وحده للقضاء للتهمة، و يجلس طرفي النهار ولا يتعب نفسه بطول الجلوس.

١٦- ولا يقبل الهدية إلا من قريبه، أو ممن له عادة قبل القضاء بمهاداته[١].

١٧- ولا يحضر دعوة إلا أن تكون عامة، وتفسير العامة وهو أن صاحب الدعوة لو علم أن القاضي لا يجيئه لم يمتنع عن الضيافة[٢]، ولا

---

= وفي البحر: وينبغي للقاضي أن يتخذ كاتبا صالحا عفيفا ويقعده بحيث يراه أهلا للشهادة، لا ذميا، ولا عبدا، ولا صبيا ولا ممن لا تجوز شهادته، فيكتب الخصومة ويجعلها في قمطره ويجعل لكل شهر قمطرا (البحر الرائق ٣٠٤/٦، دار المعرفة بيروت - لبنان).

[١]- الحاصل أن المهدي إما له خصومة أو لا، فإن كانت، لا يقبل منه، وإن كان له عادة بمهاداته أو ذا رحم محرم، وإن لم يكن خصومة فإن لم يكن له عادة بذلك قبل القضاء بسبب قرابة أو صداقة لا ينبغي أن يقبل، وإن كان له عادة بذلك جاز بشرط أن لا يزيد على المقدار المعتاد قبل القضاء، فإن زاد لا يقبل الزيادة، (فتح القدير:٢٥٣/٧، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان)، وقال الطرابلسي: والأصوب في زماننا عدم القبول مطلقاً لأن الهدية تورث إدلال المهدي وإغضاء المهدي إليه، وفي ذلك ضرر القاضي ودخول الفساد فيه (معين الحكام ص:١٧).

[٢]- في النسخ الثلاث: "يمتنع" والصواب ما كتبناه وذكر المصنف تفسير الدعوة الخاصة في الهداية "الخاصة ما لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها"، وقال ابن الهمام: وأما العامة "فهي التي يتخذها، حضرها القاضي أو لا كدعوة العرس والختان" (ر: الهداية وفتح القدير ٢٥٥/٧، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

يضيف هو أيضا أحد الخصمين دون الآخر، فإذا حضرا سوى بينهما في الجلوس، والإقبال، والنظر، ولا يسار أحدهما[1] ولا يشير إليه[2]، ولا يلقن الحجة للمدعي وهو أن يقول: أتدعي عليه بكذا وكذا، ولا يلقن للشاهد بأن يقول: أتشهد[3] كذا وكذا؛ لأنه إعانة لأحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم، وقال أبو يوسف رحمه الله: لا بأس بتلقين الشهود في غير التهمة[4]؛ لأن مجلس[5] القاضي موضع المهابة، ولا يضحك في وجه أحدهما؛ لأنه يجترئ

---

[1]- وفي (ن) : "ويشار أحدهما".

[2]- في البحر: يجب على القاضي التسوية بين الخصمين في الجلوس للحديث: إذا ابتلي أحدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس، والنظر والإشارة، ولا يرفع صوته على أحد الخصمين دون الآخر، رواه اسحاق بن راهويه وبمثله رواه الدار قطني، ولأن في عدم التسوية مكسرة لقلب الآخر فيجلسهما بين يديه، ولا يجلس واحدا عن يمينه والآخر عن يساره (ر:٣٠٦/٦، دار المعرفة، وفتح القدير ١٥٧/٧، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[3]- وفي (ن): "إشهد".

[4]- عن أبي يوسف وهو وجه للشافعي: لا بأس به لمن استولته الحيرة، أو الهيبة فترك شيئاً من شرائط الشهادة، فيعينه بقوله: أتشهد بكذا وكذا، بشرط كونه في غير موضع التهمة (فتح القدير: ٢٥٨/٧، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان)، وينبغي الفتوى على قول أبي يوسف، لما في البزازية: الفتوى على قوله فيما يتعلق بالقضاء لزيادة تجربته (٤٣٣/٤-٤٣٤). وقال فضيلة الشيخ القاضي مجاهد الإسلام: إذا رأى القاضي حاجة إلى أن يسأل الشهود عن سبب التحمل فعليه أن يسأل، ويخبرهم عن الأحكام الضرورية للشهادة قبل أن يبدأوا فيه (النظام القضائي الإسلامي/١٥٢، دار الكتب العلمية).

[5] – وفي (ن): "ولا يجلس" مكان "لأن مجلس".

على خصمه، ولا يمازحهم لأنه تذهب مهابة المجلس[1].

١٨- ويكره أن يقضي وهو غضبان، أو عطشان، أو ناعس، أو حابس، أو راكب، أو ماش، لقوله عليه السلام[2]: "إياك والضجر والقلق[3]"، وهو[4] إظهار الغضب، ورفع الصوت فوق الحاجة، وهو منهي عنه، ولأنه ينكسر[5] قلبه، ويمنعه من إقامة حجته[6]، ولا يقطب[7] وجهه

---

[1] - كذا في الهداية مع الفتح: ٢٥٨/٧.

[2] - والصواب قول عمر.

[3] - كذا في البدائع من كتاب عمر رضي الله عنه ١٣/٧، وموسوعة فقه عمر بن الخطاب للدكتور محمد رواس قلعة جي، ص: ٧٢٦، دار النفائس، وفي (ن): "العلق" هو سهو، وفي رواية "الغلق" بالغين المعجمة: هو الضجر أيضاً، وسوء الخلق، وقلة الصبر من الانغلاق (طلبة الطلبة ص:٢٦٥).
وروى البخاري في كتاب الأحكام عن النبي صلى الله عليه وسلم: "لا يقضين حكم بين اثنين وهو غضبان" (صحيح البخاري كتاب الأحكام ١٠٩/٧، باب:١٣، طبع دار سحنون).

[4] - "هو" ساقط في (ن).

[5] - وفي (ن): "ينكر".

[6] - قال ابن الهمام: وفي المبسوط: ولا يقضي وهو يمشي أو يسير على دابته، لأنه إذ ذاك غير معتدل الحال، ولما فيه من الاستخفاف بالقضاء، ولأنه مشغول بما هو فيه............ وينبغي أن لا يقضي وهو غضبان، أو فرحان، أو جائع، أو عطشان، أو مهموم، أو ناعس، أو في حال برد شديد أو حر، أو وهو يدافع الأخبثين، أو به حاجة إلى الجماع، والحاصل أنه لا يقضي حال شغل قلبه (ر: فتح القدير: ٢٥٢/٧، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان، ومجمع الأنهر: ١٥٩/٢-١٦٠، دار إحياء التراث العربي بيروت – لبنان).

[7] - قطب وجهه تقطيباً، أي عبس وغضب (لسان العرب مادة: قطب ٦٨٠/١).

لهما أو لأحدهما؛ لأن إظهار البشاشة ممدوح في كل موضع، خصوصا في مجلس القضاء، والرياء والميل حرام في حق كل أحد، خصوصاً في حق القاضي[1]، فإذا ادعى المدعي أسكت القاضي الآخر حتى يفرغ من دعواه، ثم يستنطق[2] المدعى عليه، ويسكت الآخر حتى يفرغ من جوابه.

١٩- فإذا ثبت الحق عنده بالبينة أو بالإقرار، يأمر الصلح[3] فيما طمع الخصمان فيه مرة أو مرتين، فإذا ترافعا في المرة الثالثة[4] ألزمه عليه، فإذا امتنع عنه، وطلب صاحب الحق حبس غريمه، حبسه؛ لأنه ثبت ظلمه بإنكاره، و في الإقرار لا يحبسه أول وهلة، بل يمهله[5] زمانا و يأمره بدفعه، فإذا امتنع منه حبسه؛ لأن الحبس جزاء المماطلة، فلا بد من ظهورها.

٢٠- ثم الحبس يثبت في كل دين[6] لزمه بدلا عن مال[7] حصل في يده كثمن المبيع، وبدل القرض، أو التزمه بعقد كالمهر، والكفالة؛ لأن

---

[1] – وفي (م): "القضاء".

[2]– اختار بعض القضاة أنه لا يفعل ذلك إلا عند سؤال المدعي، والأصح عندنا أنه يستنطق الآخر، وإن لم يلتمس المدعي ذلك كذا في السغناقي (الفتاوى الهندية: ٣٢٣/٣).

[3] – وفي (ن): "يأمر بالأصلح".

[4]– وفي (ن): "المدة الثالثة".

[5] – وفي (ن): "يجعله".

[6]– سواء كان درهماً وما دونه، لأن ظلمه يتحقق بمنع ذلك (فتح القدير: ٢٦١/٧، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[7]– وفي (ن): "عن ما".

إقدامه على التزامه باختياره[1] دليل على يساره[2]، ولا يحبسه فيما سوى ذلك إذا قال إني فقير، إلا أن يثبت غريمه يساره، وإن لم يكن له بينة فالقول قول[3] من عليه الحق إني فقير؛ لأن الأصل هو العسرة، وعلى المدعي إثبات غناه[4].

٢١- وتقدير الحبس مفوض إلى رأي الإمام لاختلاف أحوال الأشخاص[5].

---

[1]- وفي (ن): "إقراره على البراءة باختياره".

[2] - انظر للتفصيل: مجمع الأنهر: فصل في الحبس٢/١٦١.

[3] - "قول" ساقط في (ن).

[4] - كذا في الهداية (فصل في الحبس:٣/١٣٧)، وقال ابن نجيم: لا يحبسه إن ادعى أنه معسر؛ لأن الأصل في الآدمي العسرة، والمدعي يدعي أمراً عارضاً وهو الغناء فلم يقبل منه إلا ببيّنة (البحر الرائق:٦/٢٨٥).

[5] - صححه برهان الدين المرغيناني (ر:الهداية ٣/١٣٧) وقال ابن نجيم: وإنما هو مفوض إلى رأي القاضي؛ لأنه للضجر، والتسارع لقضاء الدين، وأحوال الناس فيه متفاوتة، وقدره في كتاب الكفالة بشهرين أو ثلاثة، وفي رواية الحسن بأربعة، وفي رواية الطحاوي بنصف الحول، والصحيح ما ذكره المصنف كما في البزازية، فلو رأى القاضي إطلاقه بعد يوم فظاهر كلامهم أن له ذلك، قال في المحيط: إن شاء يسأل عنه قبل مضي شهر، وذكر الصدر الشهيد: إن كان الرجل ليناً، أو صاحب عيال وشكى عياله إلى القاضي حبسه شهراً ثم يسأل عنه، وإن كان وقحاً حبسه ستة أشهر، ثم يسأل عنه، وهذا إذا كان حاله مشكلاً عند القاضي وإلا عمل بما ظهر له، (البحر الرائق:٦/٢٨٦).

٢٢- ولو قامت البينة على إفلاسه قبل مضي مدة الحبس تقبل في رواية، وفي رواية لا تقبل، وعليه عامة المشايخ[١].

٢٣- وتفسير إقامة البينة على إفلاسه أن يقال: إنه كثير العيال، وضيق الحال، ولا يقال: إنه لا مال له حتى لا يكون شهادته على النفي[٢]، وإن مرض في حبسه، إن كان له خادم يقوم بمعالجته فيه، وإلا فيخرج منه[٣].

٢٤- والمحترف لا يمكن أن يشتغل فيه بحرفته، هذا هو

---

[١]- كذا في الهداية (١٣٧/٣)، وقال في العناية: وإن كان ذلك قبل الحبس فعن محمد فيه روايتان، في رواية: لا يحبسه، وبه كان يفتي الشيخ الجليل أبوبكر محمد بن الفضل، وهو قول إسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة رحمهم الله، وفي رواية أخرى وعليها عامة مشايخ ما وراء النهر: أنه يحبسه، ولا يلتفت إلى هذه البينة، (العناية في هامش فتح القدير: ٢٦٥/٧، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[٢] – و في البحر (٣١١/٣، دار المعرفة): وكيفيته: أن يقول المخبر أن حاله حال المعسرين في نفقته، وكسوته، وحالته ضيقة، وقد اختبرنا حاله في السر والعلانية، ولا يشترط لسماعها حضور رب الدين، فإن كان غائبا سمعها وأطلقه بكفيل (كذا في البزازية: (٣١١/٦).

[٣] – قال الطرابلسي: لو مرض في الحبس، وأضناه، ولم يجد من يخدمه يخرجه من الحبس، هكذا روي عن محمد، هذا إذا كان الغالب الهلاك، وعن أبي يوسف أنه لا يخرجه، والهلاك في السجن وغيره سواء، والفتوى على رواية محمد، وإنما يطلقه بكفيل، فإن لم يجد الكفيل لا يطلقه (معين الحكام ص:٢٣٣).

الصحيح، ليضجر قلبه[1].

٢٥- ولو غاب الطالب فقال المحبوس: أنا أؤدي المال أخرجني من الحبس، فهو مخير، إن شاء أخذ المال ووضعه في يد عدل، وإن شاء أخذ بالمال كفيلاً ثم أخرجه.

٢٦- قضاء القاضي على الغائب لا يجوز عندنا[2] خلافا للشافعي

---

[1]- ر: مجمع الأنهر: ١٦٣/٢، وفي معين الحكام: وهل يمنع من الكسب؟ اختلف الشيوخ فيه، والأصح أنه يمنع (١٣٢).

[2] - وذلك لأن حضرة المدعى عليه شرط لسماع الدعوى والبينة والقضاء، فإن غاب عن مجلس القضاء لم يجز القضاء عليه إلا أن أبا يوسف رجع لما ابتلي بالقضاء إلى أن المدعى عليه لو حضر مجلس القضاء عند سماع الدعوى والبينة، ثم غاب عند القضاء جاز للقاضي أن يقضى عليه، قال ابن الهمام: وكان أبو يوسف يقول أولاً: لا يقضى بالبينة والإقرار على الغائب جميعاً، ثم رجع لما ابتلي بالقضاء وقال: يقضي فيهما جميعاً، واستحسنه حفظاً لأموال الناس (فتح القدير:٣١٠/٧، باب كتاب القاضي إلى القاضي) وقال الشامي: لكن في الخامس من جامع الفصولين عن الخانية: غاب المدعى عليه بعد ما برهن عليه، أو غاب الوكيل بعد قبول البينة قبل التعديل، أو مات الوكيل ثم عدلت تلك البينة، لا يحكم بها، وقال أبو يوسف: يحكم (٤٦٥/٤).

أما إذا قضى القاضي على الغائب فهل ينفذ أم لا؟ فيه خلاف كالخلاف في الأحكام المجتهد فيها، قال الطرابلسي: لو قضى على الغائب بلا خصم عنه ففي نفاذ حكمه روايتان من فتاوى ظهير الدين، وقال في الفتاوى الصغرى: والفتوى على نفاذه (معين الحكام ص:٦٩) وقد أجاد البحث في هذه المسألة فضيلة الشيخ القاضي مجاهد الإسلام القاسمي فقال:

(أ) لا يجوز سماع دعوى المدعي في خصومة والقضاء فيها عند غياب المدعى عليه، يقول العلامة الكاساني وهو يذكر تفاصيل شروط صحة الدعوى، (وهو يطنب الكلام في شرائط صحة الدعوى، ومنها حضرة الخصم فلا تسمع الدعوى ولا البينة إلا على خصم حاضر (بدائع الصنائع٨/٤١٢، كتاب الدعوى، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان). ولا يشترط ذلك عند الشافعي لأنه ذهب إلى أنه يجوز سماع الدعوى وإقامة البينة والقضاء عند غياب المدعى عليه وحيث أن الحنفية لا يجوزون القضاء على الغائب فلذلك يوجبون حضرة المدعى عليه عند سماع الدعوى والبينة والقضاء أعني في جميع مراحل القضية.

هذا عندنا وعند الشافعي حضرة المدعى عليه ليست بشرط لسماع الدعوى والبينة والقضاء، فيجوز القضاء على الغائب عنده، وعندنا لا يجوز (المصدر السابق).

وفي الدر المختار: وشرطها أي شرط جواز الدعوى مجلس القضاء وحضور خصم فلا يقضى على غائب (الدر المختار) فلا يقضى على الغائب أي بالبينة سواء كان غائباً وقت الشهادة أو بعدها أو بعد التزكية وسواء كان غائباً عن المجلس أو عن البلد (قرة عيون الأخبار تكملة رد المحتار ٤/٣٨٧)، وكذلك حرر الشامي في كتاب القضاء (٤/٤٦٥).

وبناء على ذلك كان المذهب الأصلي في المسألة أن حضرة المدعى عليه شرط لكل مرحلة من مراحل الإجراءات القضائية، ولكن تغير رأي أبي يوسف في المسألة لما ابتلي بالقضاء ورأى في ذلك صعوبات عملية، ورأى أنه لو حضر المدعى عليه عند سماع الدعوى والشهادة وغاب بعد ثبوت البينة تكفي حضرته السابقة ويفصل القاضي الخصومة بالرغم من غياب المدعى عليه بناء على شهادات الشهود السابقة.

لكن في الخامس من جامع الفصولين عن الخانية غاب المدعى عليه بعد ما

برهن عليه أو غاب الوكيل بعد ثبوت البينة قبل التعديل أو مات الوكيل ثم عدلت تلك البينة لا يحكم بها، وقال أبويوسف يحكم وهذا أرفق وكان أبويوسف يقول أولاً لا يقضى بالبينة والإقرار على الغائب جميعاً ثم رجع لما ابتلي بالقضاء وقال: يقضي فيهما جميعاً، والتجأ إلى العدول عن مذهبه الأول لأنه لو أصرّ على الشرط السابق أي حضور المدعى عليه في جميع مراحل الإجراءات القضائية لفات الغرض الأصلي من الله، ولم يتمكن من حفظ أموال الناس وحقوقهم عن الضياع، واستحسنه حفظاً لأموال الناس" (فتح القدير ٦/٤٠٢).

فظهر من هذا التفصيل أن حضرة المدعى عليه شرط عند أبي حنيفة ومحمد عند المراحل الثلاثة: سماع الدعوى والشهادة والقضاء – وعند أبي يوسف شرط عند سماع الدعوى والشهادة فقط.

(٢) والمبحث الثاني في هذه المسألة أن القاضي لو قضى على الغائب فما حكمه؟ فنجد في هذا الصدد اضطراباً كثيراً في كتب الفقه، ونظراً إلى جميع العبارات والتفاصيل يمكننا توضيح المسألة كالآتي: القاضي الذي قضى على الغائب هل هو من القائلين به أو هو الحنفي الذي لا يجوز عنده القضاء على الغائب؟ ففي الصورة الأولى ينفذ قضاءه في أظهر الروايتين عن الحنفية وفي الأخرى لا ينفذ، يقول صاحب الدر المختار: ولو قضى على غائب بلا نائب ينفذ في أظهر الروايتين عن أصحابنا ذكره ملا خسرو، وفي باب خيار العيب، وقيل: لا ينفذ ورجحه غير واحد والمنية والبزازية ومجمع الفتاوى وعليه الفتوى (الدر المختار ٤/٤٧٠).

خصصت هذه العبارة بالصورة الأولى مع أن الألفاظ مطلقة لأن العلامة الشامي حملها على "من يرى جوازه كالشافعي" أما إذا قضى به القاضي الحنفي عند عدم حضرة المدعى عليه فإما يكون مجتهداً أو مقلداً؟ وهل قضى عامداً فيه أو ناسياً، ولا نعرف جواب كل صورة من هذه الصور إلا إذا

عرفنا الحكم التفصيلي للقضاء في المجتهد فيه يقول العلامة الشامي: لو قضى في المجتهد فيه ناسياً لمذهبه مخالفاً لرأيه نفذ عند أبي حنيفة رواية واحدة، وإن كان عامداً ففيه روايتان، وعندهما لا ينفذ في الوجهين...... هذا كله في المجتهد (حاشية رد المحتار ٤/٤٦٤).

وفي شرح الوهبانية للشرنبلالي قضى من ليس مجتهداً كحنفية زماننا بخلاف مذهبه عامداً لا ينفذ اتفاقاً. ولكن الشامي يقول معلقاً: هذا مبني على أحد الروايتين عن الإمام في العامد أما على رواية النفاذ فلا تصح حكاية الاتفاق... وادعى في البحر أن المقلد إذا قضى بمذهب غيره أو برواية ضعيفة أو بقول ضعيف نفذ (رد المحتار ٤/٤٦٤).

والمذهب الأصلي لأبي يوسف ومحمد والرواية المعتمد عليها عنهما أن قضاء المقلد على خلاف مذهبه لا ينفذ، وفي رواية أخرى عنهما ينفذ إذا لم يكن القاضي مجتهداً قضى بالفتوى على خلاف مذهبه نفذ وليس لغيره نقضه وله نقضه كذا عن محمد وقال الثاني ليس له نقضه اهـ.

ويظهر من هذه الرواية من البزازية أن أبا يوسف ومحمداً من القائلين بنفاذ قضاء المقلد إذا قضى بمذهب غيره، والفرق أن محمداً يقول أن للقاضي نقض ما قضى على خلاف مذهبه، ولكن أبا يوسف يقول أنه ليس للقاضي كذلك نقضه.

ووقع الخلاف في الفتوى والتصحيح كما وقع في أصل المذهب، يقول العلامة ابن عابدين الشامي: والفتوى على قولهما وذكر في الفتاوى الصغرى أن الفتوى على قوله فقد اختلف في الفتوى (حاشية رد المحتار).

واختار العلامة ابن الهمام قولهما مراعياً لمقتضيات الظروف والأوضاع لكيلا يتخذه أهل الأهواء وسيلة لاتباع أهوائهم.

والوجه في هذا الزمان أن يفتى بقولهما لأن التارك لمذهبه عامداً لا يفعله إلا لهوى باطل لا لقصد جميل (حاشية رد المحتار ٤/٤٦٤) ففي ضوء

رحمه الله، لقوله عليه السلام: "لا يقض لأحد الخصمين حتى يسمع[1] كلام الآخر"[2]، ولأن القضاء يتعلق بالمقضي له، وبالمقضي عليه[3]،

---

التفاصيل السابقة يتبين حكم القضاء على الغائب الذي هو أمر مجتهد فيه وهو أن القاضي الحنفي لو قضى على الغائب فإما أن يكون فيه ناسياً لمذهبه أو عامداً فيه، وعلى كل حال إما أن يكون مجتهداً أو مقلداً فعند أبي حنيفة ينفذ قضاءه في جميع هذه الصور في إحدى الروايتين عنه، وفي رواية أخرى عنه لا ينفذ إذا كان عامداً فيه، وعند صاحبيه ينفذ قضاء المقلد بناء على الرواية الضعيفة التي رواها البزازية، وبناء على ذلك ينفذ القضاء على الغائب عند من يختار قول أبي حنيفة سواء كان القاضي حنفياً أو شافعياً.

"قلت: بقي ما لو قضى الحنفي بذلك ولا يخفى أنه يأتي فيه الكلام المار فيما لو قضى في مجتهد فيه بخلاف رأيه وما فيه من التفصيل واختلاف التصحيح فعلى قول من رجح الجواز لا يبقى فرق بين الحنفي وغيره، وعلى هذا يحمل ما صرح به في القنية من أنه لا يشترط في نفاذ القضاء على الغائب أن يكون من شافعي (حاشية رد المحتار ٤/٤٧٠).

وبذلك أصبحت مسألة القضاء على الغائب محل اختلاف الروايات واختلاف التصحيح ومما لا يجحد به أن رجحان أكثر المحققين إلى عدم نفاذ القضاء على الغائب كما يفهم من أقوال العلامة قاسم، وابن الغرس، وصاحب البحر، وصاحب الدر المختار (وانظر للتفصيل النظام القضائي الإسلامي ص: ١٧٣-١٧٥، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[1]- كذا في (ن)، وفي (م): حتى تسمع.

[2]- روى الترمذي بلفظ: "إذا تقاضى إليك رجلان فلا تقض للأول حتى تسمع كلام الآخر (ر: سنن الترمذي ٢٤٨/١ باب ما جاء في القاضي لا يقضي بين الخصمين حتى يسمع كلامهما).

[3]- "وبالمقضي عليه" ساقط في (ن).

وغيبة المقضي له يمنع صحة القضاء فكذا غيبة المقضي عليه، ولأن إنكار المدعى عليه شرط لجواز القضاء عند البينة ليقع القضاء قاطعا للخصومة، ولم يوجد الإنكار هنا؛ لأن الظاهر هو الإقرار إذا حضر، إلا أن يكون وكيله أو وصيه من جهة القاضي حاضرا عند إقامة[1] البينة فحينئذ يقضي عليه أو من يقوم مقامه حكما، كمن ادعى عينا في يد آخر أنه اشتراها من غائب وأقام البينة على ذي اليد فقضى القاضي بذلك ثم حضر الغائب و أنكره لا يلتفت لإنكاره؛ لأنه صار مقضيا عليه حقيقة[2].

٢٧- فإذا أراد أن يقضي عليه ينبغي أن يقدم[3] المدعي رجلاً إلى القاضي، ويدعي عليه[4] الكفالة بذلك المال الذي على الغائب، والرجل ينكر الكفالة، فيقيم المدعى عليه البينة بكفالته بذلك المال فيقضي[5] القاضي بالكفالة، فإذا ثبت الكفالة يثبت الدين على الغائب ثم يبرأ الكفيل ويبقى الدين على الغائب.

٢٨- قضاء القاضي فيما له ولاية في العقود والفسوخ من تحريم و تحليل بشهادة الزور، ينفذ ظاهرا و باطنا عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما ينفذ ظاهرا لا باطنا[6].

---

[1] - "إقامة" ساقط في (ن).
[2] - "حقيقة" ساقط في (ن).
[3] - وفي (ن): "يقد"، وهو خطأ.
[4] - "عليه" ساقط في (ن).
[5] - وفي (م): "فقضى".
[6] - وفي جواز نفاذ القضاء بشهادة الزور في العقود والفسوخ اختلاف وتفصيل

٢٩- حتى لو ادعى رجل على امرأة نكاحا و أقام شاهدي زور[١]، فقضى به القاضي، يحل له وطئها، ويحل لها التمكين[٢] عنده[٣]، لقول علي رضي الله عنه لإمرأة: "شاهداك زوجاك"[٤]، ولأنه قضى بأمر الله تعالى بحجة شرعية فيما له ولاية الإنشاء، فيجعل[٥] إنشاءاً تحرزاً عن الحرام،

---

بين أئمتنا، قال بدرالدين العينى(المتوفى ٧٦٢هـ) في شرح العينى على الكنز: (وينفذ القضاء بشهادة الزور في العقود والفسوخ) كالنكاح والطلاق والبيع والشراء والإقالة والرد بالعيب والنسب، وفي الهبة والصدقة روايتان (ظاهراً) أي من حيث الظاهر بين الناس مثل ثبوت التمكين والنفقة والقسم وغير ذلك (وباطنا) أي من حيث الباطن يعنى بينه وبين الله تعالى مثل ثبوت الملك والحل، هذا عند أبي حنيفة، والأصل فيه أن كل شيء قضى به القاضي في الظاهر بالتحريم فهو في الباطن كذلك عنده و كذا إذا بإحلال، وعندهما لا ينفذ إلا ظاهراً، لان شهادة الزور حجة ظاهراً لا باطناً وبه قال الثلاثة وزفر (ر: شرح العيني على الكنز: ٧٠/٢) وانظر للتفصيل والأقوال فيه: البحر الرائق لابن نجيم المصري (١٤/٧-١٦، دار المعرفة بيروت – لبنان، والفتاوى الهندية ٣٥٠/٣، دار الفكر).

[١] – كذا في الهداية ٣٥٠/٣، وفي (ن) و(م): "شاهدين زور"، وهو خطأ.

[٢] – وفي (ن): "ويحل له التمليك عنده".

[٣] – وعندهما لا يحل لهما ذلك، عن مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال: إنما يثبت نكاح مبتدأ بقضاء القاضي إذا كان القضاء بمحضر من الشهود، ومنهم من قال: حضرة الشهود وقت القضاء في هذه الصورة ليست بشرط، كذا في الذخيرة (الفتاوى الهندية ٣٥١/٣، دار الفكر).

[٤] – فتح الباري ٣٤١/١٢ باب في النكاح.

[٥] – وفي (م): "فيحل".

ولأنه يجب[1] على القاضي أن يقضي بما ظهر عنده من الحجة، وإليه أشار قوله عليه السلام:"أنا أقضي بالظاهر، والله يتولى السرائر"[2]، ولقوله عليه السلام: "درئ عنكم بالبينات"[3]، أي درئ عنكم اللوم في الدنيا والإثم، والعقوبة في الآخرة.

٣٠- بخلاف الأملاك المرسلة[4]؛ لأنه ليس له[5] ولاية إثبات الملك بغير سبب، وكذا لو شهدا على رجل أنه طلق امرأته بالزور، فقضى القاضي به، يجوز أن يتزوج أحد الشاهدين و يحل وطأها[6].

---

[1] - وفي (م): "تجب".

[2] - لم أجد هذه الرواية في الكتب المتداولة إلا الجزء الأخير موقوفاً على عمر رضي الله عنه مكتوباً في رسالته إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه ولفظه: "إن الله تولى من العباد السرائر" (ر: أعلام الموقعين١/٨٦).

[3] - ذكره ابن القيم موقوفاً على عمر رضي الله عنه (ر: اعلام الموقعين ١/٨٦).

[4] - أي المطلقة وهي التي لم يذكر لها سبب معين، فإنهم أجمعوا أنه ينفذ فيها ظاهراً لا باطناً، لأن الملك لا بد له من سبب، وليس بعض الأسباب بأولى من البعض لتزاحمها فلا يمكن إثبات السبب سابقاً على القضاء بطريق الاقتضاء (رد المحتار مع الدر المختار ٩٥/٨، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان، والبحر الرائق ١٤/٧، دار المعرفة، والهندية ٣٥٢/٣، دار الفكر).

[5] - "له" ساقط في (ن).

[6] - قال في الهندية: امرأة ادعت على زوجها أنه طلقها ثلاثاً وأقامت على ذلك شهود زور، وقضى القاضي بالفرقة بينهما، وتزوجت بزوج آخر بعد انقضاء العدة، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله وقول أبي يوسف الأول: لا يحل للزوج الأول وطؤها ظاهراً وباطناً، ويحل للزوج الثاني وطؤها ظاهراً وباطناً....،

٣١- ولو رجع عن[١] شهادته لا ينفسخ النكاح عنده.

٣٢- ولو أن الزوج الأول إذا وجدها خالية لا يحل له وطأها عندنا، وعن أبي يوسف رحمه الله لا يحل للزوج ولا للثاني[٢]، وذكر الزعفرانى أن هذا القضاء يشترط بحضرة الشهود[٣]؛ لأنه إنشاء نكاح، فلا يصح إلا بالشهود، وبه أخذ عامة العلماء.

ولهما قوله عليه السلام: "إنكم لتختصمون لدي فلعل ألحن بعضكم بحجته من بعض، فمن قضيت له بحق، وأرى أنه حق فلم يكن حقا، فإنما أقضي له بقطعة من النار[٤]"، فلما لم ينفذ قضاء النبي صلى الله

---

وأما على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الآخر وهو قول محمد رحمه الله تعالى فلا يحل للثاني وطؤها إذا كان عالماً بحقيقة الحال، وإن لم يعلم بحقيقة الحال يحل له وطؤها ... وهل يحل للأول وطؤها على قول أبي يوسف الآخر؟ لا يحل له مع أنه لا تقع الفرقة عنده باطناً، وذكر شيخ الإسلام في كتاب الرجوع عن الشهادات: أن على قول أبي يوسف رحمه الله الآخر يحل للأول وطؤها سرا، وعلى قول محمد رحمه الله تعالى: يحل للأول وطؤها ما لم يدخل بها الثاني فإذا دخل بها الثاني، الآن لا يحل للأول وطؤها سواء كان الثاني يعلم بحقيقة الحال أو لم يعلم (٣٥١/٣، دار الفكر).

[١] - في النسخ الثلاث: "على" والصواب ما كتبناه.

[٢] - أي لا يحل للزوج الأول ولا للثاني.

[٣] - في (ن): "لإنشاء النكاح فلا يصح إلا بالشهود"، الخ.

[٤] - رواه البخاري في صحيحه في الأحكام ولفظه: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إليّ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي نحو ما أسمع فمن قضيت له بحق أخيه شيئاً فلا يأخذه من حق أخيه فإنما أقطع له قطعة من النار " (صحيح البخاري

عليه وسلم فلا ينفذ قضاء غيره بالطريق الأولى، ولأن القاضي نصب لإمضاء ما كان[1]، لا لإنشاء ما لم يكن.

فالحاصل أن المسئلة على ثلاثة أوجه: في اللعان ينفذ ظاهراً وباطناً بالإجماع، وفي الملك المبهم، والإقرار، والميراث[2]، والصدقة ينفذ ظاهراً لا باطناً بالإجماع، والاختلاف في النكاح، والطلاق، والعتاق، والشراء كما ذكرنا.

٣٣- قضاء القاضي في المختلف فيه صار بمنزلة المتفق عليه، كبيع المدبر، والمكاتب، والنكاح بغير شهود. حتى لو أراد أن ينقضه، ليس له ولا لغيره من القضاة أن ينقضه؛ لأن الأول قضى بالرأي والاجتهاد، فلو نقضه القاضي الثاني نقضه بالرأي والاجتهاد، وماقضى بالرأي والاجتهاد لا ينقض بمثله، هكذا قال عمر رضي الله عنه: الرأي مشترك[3].

٣٤- وأما إذا قضى بجواز بيع أم الولد لا ينفذ قضاؤه عند محمد رحمه الله، ولا يصير ملكاً للمشتري، وهذا بناء على أن إجماع التابعين هل يرفع اختلاف الصحابة رضي الله عنهم أم لا؟ اختلفوا فيه[4]، هذا إذا

---

١١٢/٧، كتاب الأحكام، باب موعظة الإمام للخصوم ط: دار سحنون، ورواه الترمذي في سننه (٢٤٨/١)، وابن ماجه (١٦٧/١).

[1] - وفي (ن): "لأن القاضي مضى ما كان".

[2] - ر: البحر الرائق١٦/٧، دار المعرفة.

[3] - ذكره ابن الهمام في فتح القدير: ٣٠٤/٧.

[4] - فعند محمد رحمه الله يرفع خلافاً لأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وإذا ارتفع الخلاف المتقدم عند محمد لم يكن قضاء هذا القاضي في محل مجتهد فيه، وعندهما إذا لم يرتفع الخلاف المتقدم كان هذا القضاء في محل مجتهد

قضى على مذهب أصحابه.

ذكر محمد رحمه الله إن قال: أنا أعتقد في هذه الحادثة، وأرى الصلاح فيه، وأشهد على ذلك، يجوز إذا كان من أهل الاجتهاد، ثم بعد ذلك ليس له ولا لغيره أن ينقضه[1]، ولو ظهر خطاؤه بيقين[2]، له أن ينقضه؛ لأن اليقين أجلّ من الرأي، كما قال عمر رضي الله عنه لأبي موسى الأشعري رضي الله عنه: الرجوع إلى الحق خير من التمادي على الباطل[3].

---

فيه فينفذ، وقال شمس الأئمة: لا خلاف بين أصحابنا أن الإجماع المتأخر يرفع الخلاف المتقدم فكان القضاء في غير محل الاجتهاد عند الكل فلا ينفذ عند الكل، فكان ما ذكر في الكتاب أنه لا ينفذ قضاؤه قول الكل، (ر: الهندية ٣/٥٨-٣٥٩، دار الفكر) وذكر ابن عابدين الشامي عن التحرير: أن الأظهر من الروايات أنه لا ينفذ عندهم جميعاً، لكن ذكر أيضاً عن الجامع الكبير: أنه يتوقف على قضاء قاض آخر (ر: رد المحتار ٨/٨٩، دار الكتب العلمية، والهندية ٣/٣٥٩، دار الفكر). فاضطربت الأقوال عن المشايخ رحمهم الله فينبغي الفتوى على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لما جاء في خلاصة الفتاوى معزياً إلى الأقضية عن عبد الله بن المبارك ينبغي أن يأخذ بقول أبي حنيفة، ولو كان اثنان أحدهما أبو حنيفة يؤخذ بقولهما (٤/٦) والله أعلم بالصواب.

[1] – انظر: البحر الرائق: ٧/٩،١٠، والفتاوى الهنديه: ٣/ ٣٥٦،٥٧ الباب الثامن عشر في القضاء.

[2] – وفي (م): "ويتيقن" محل "بيقين".

[3] – ذكره النووي في المجموع شرح المهذب (٢٢/٣٦٠)، وابن القيم في أعلام الموقعين ١/٨٥، خطاب عمر في القضاء: وفيه: مراجعة الحق خير من التمادي في الباطل" والكاساني في البدائع (٧/٩).

٣٥- ولو نسي مذهبه في حادثة، أو ظن أنه مذهبه فقضى على مذهب آخر، ثم تذكر ينفذ قضاؤه[١]، وله أن يبطله، وإن تعمد فيه ليس له ولا لغيره أن يبطله[٢].

وذكر الجصاص فيما قضى غلطاً ينفذ عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لا ينفذ إذا كان مخالفا لرأيه[٣]، ولو قضى بخلاف رأيه مع العلم لا ينفذ بالإجماع.

٣٦- ولو قضى برأيه ثم رأى غيره، لم ينقض الأول، ويقضي في المستقبل بالثاني[٤].

---

[١] - "والفتوى على قولهما" (١٤٢/٣)، قال ابن الهمام: لو قضى في المجتهد فيه ناسياً لمذهبه مخالفاً لرأيه نفذ عند أبي حنيفة رواية واحدة، وإن كان عامداً ففيه روايتان، وعندهما لا ينفذ في الوجهين، وقال في الهداية (٣٥٨/٣): الفتوى على قولهما، وذكر في الفتاوى الصغرى: أن الفتوى على قول أبي حنيفة، فقد اختلف في الفتوى، والوجه في هذا الزمان أن يفتى بقولهما، لأن التارك لمذهبه عمداً لا يفعله إلا لهوى باطل لا بقصد جميل... وهذا كله في القاضي المجتهد، فأما المقلد فإنما ولاه ليحكم بمذهب أبي حنيفة مثلاً، فلا يملك المخالفة فيكون معزولاً بالنسبة إلى ذلك الحكم" (فتح القدير: ٢٨٦/٧، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

[٢] - وقال في الهندية: والقاضي إذا كان مجتهداً وهو يعلم برأي نفسه، وقضى برأي غيره، قال أبو حنيفة رحمه الله: ينفذ قضاؤه، وهو الصحيح من مذهبه، وقالا: لا ينفذ قضاؤه (٣٥٨/٣، دار الفكر).

[٣] - انظر للترجيح بين القولين: البحر الرائق ٩/٧، دار المعرفة.

[٤] - انظر: المصدر السابق.

٣٧- رجل زنا بأم امرأته فقضى القاضي بحل امرأته، ليس لقاضٍ آخر أن يبطله[١].

٣٨- قاض قضى بشاهد ويمين، لا ينفذ قضاؤه، لأنه خلاف[٢] النص المشهور[٣].

٣٩- علم القاضي قبل أن يصير قاضياً يكفي للقضاء[٤]، وهو

---

[١] - وفى الهداية: قال صاحب الأقضية: وإذا زنى رجل بأم امرأته ولم يدخل بها فجلده القاضي، ورأى أن لا يحرمها عليه، فأقرها معه وقضى بذلك نفذ قضاؤه، وفيه أيضا: القاضي إذا قضى بجواز نكاح التى زنى بأمها أو بنتها، نفذ عند محمد رحمه الله تعالى خلافاً لأبي يوسف رحمه الله، كذا في الفصول العمادية (٣٥٨/٣).

[٢] - وفي (م): "خلاف المشهور".

[٣] - هذا على قول أبي يوسف، وينفذ قضاؤه على قول أبي حنيفة، وسفيان الثوري، وفي أقضية الجامع يتوقف هذا القضاء على إمضاء قاض آخر (ر: الهندية ٣٥٩/٣، دار الفكر)، وقال ابن أمير حاج: الذي يظهر أن القضاء بحل متروك التسمية عمداً، وبشاهد ويمين المدعي ينفذ من غير توقف على إمضاء قاض آخر، (منحة الخالق على هامش البحر الرائق: ١١/٧، دار المعرفة).

[٤] - قال في الهندية: وأما إذا علم بحادثة قبل أن يقضي، ثم استقضي ورفعت إليه تلك الحادثة وهو قاض فعلى قول أبي حنيفة لا يقضي بذلك العلم، وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يقضي، وعن محمد رحمه الله أنه رجع إلى قول أبي حنيفة رحمه الله (٣٣٩/٣، دار الفكر)، ولكن الفتوى اليوم على عدم العمل بعلم القاضي كما قال في "رد المحتار" ونصه: "إلا أن المعتمد عدم حكمه بعلمه في زماننا عند المتأخرين لفساد قضاة الزمان، وعبارة "الأشباه": الفتوى اليوم على عدم العمل بعلم القاضي في زماننا" (١٤٠/٨، دار الكتب

بمنزلة الشاهدين عند أبي يوسف، والشافعي رحمهما الله، وقال أبوحنيفة: لا يكفي، هو علم شهادة، لا علم بقضاء، وقال محمد رحمه الله: هو بمنزلة شاهد واحد، وعلمه بعد أن يصير قاضيا يكفي للقضاء[1] بالإتفاق فيما لا يصح رجوعه كالطلاق، ودعوى المال، إلا في الحدود والقصاص.

٤٠- قضاء القاضي في باب الحدود والقصاص إمضاؤه، فما لم يمض كأنه لم يقض؛ لأن القضاء فيه إثبات الحكم بخلاف القضاء في الأموال؛ لأن القضاء فيها لإظهار الحق؛ لأن الوجوب فيه ثابت قبل القضاء، إلا أنه غير ظاهر.

٤١- قاضيان في بلد في موضعين، إن كان الخصمان[2] في موضع واحد يرفعان الأمر إلى قاضي ذلك الموضع، وإن كانا في موضعين فالخيار للمدعي عند أبي يوسف رحمه الله، وعند محمد رحمه الله[3] للمدعى عليه.

---

العلمية بيروت – لبنان)، وقال في "الدر المختار": في شرح الوهانية: والمختار الآن عدم حكمه بعلمه مطلقاً، كما لا يقضي بعلمه في الحدود الخالصة لله تعالى كزنا، وخمر مطلقاً، غير أنه يعزر من به أثر السكر للتهمة (الدر المختار على هامش الرد: ١٤١/٨، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[1] – "للقضاء" ساقط في (ن).

[2] – وفي (م): "الخصم".

[3] – والفتوى على قول محمد كما في الخانية: "ولو كان في البلدة قاضيان، كل واحد منهما على حدة جاز، فإن وقعت الخصومة بين رجلين أحدهما من محلة والآخر من محلة أخرى، والمدعي يريد أن يخاصمه إلى قاضي محلته والآخر يأبى، اختلف فيها أبويوسف ومحمد، والصحيح أن العبرة لمكان المدعى عليه

٤٢- كتاب القاضي إلى القاضي من بلد إلى بلد آخر، أو من قاضي المصر إلى قاضي ضيعة فيما يثبت[1] مع الشبهات، يجوز عند الحاجة[2]، وهو بمنزلة الشهادة على الشهادة[3].

٤٣- ولا يقبل كتاب قاضي الضيعة إلى قاضي مصر[4].

٤٤- ويقبل هذا في الديون، والغصوب[5]، والنكاح، والنسب،

---

(٤٦١/٣، كتاب الدعوى والبينات)، وفي الدر المختار: "فلو في البلدة قاضيان، كل في محلة فالخيار للمدعى عليه عند محمد، به يفتى" (٨١/٤).

[1] - في النسخ الثلاث: "ثبت" والصواب ما كتبناه، أي يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في حقوق تثبت بالشبهات دون ما يندرئ بها (العناية مع فتح القدير ٢٦٨/٧، ط: دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

[2] - قد اختلف العلماء في تقدير المسافة التي يجوز فيها كتاب القاضي إلى القاضي، فكثير من مشايخ الحنفية قالوا: لا يجوز فيما دون مسيرة السفر كما في الشهادة على الشهادة، وفى الهندية: كتاب القاضي إلي القاضي فيما دون مسيرة سفر لا يجوز في ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لو كان بحال لو غدا إلى باب القاضي لا يمكنه الرجوع إلى منزله في يومه ذلك، يقبل وعليه الفتوى، كذا في السراجية (٣/ ٣٨٥، دار الفكر).

[3] - وفي (ن): "الإشهاد على الشهادة" وفي (م): "الإشهاد على الشاهد" والصواب ما كتبناه كما في الهداية وفتح القدير ٢٧٥/٧، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان.

[4] - وقال الطرابلسي: ولا يقبل من قاضي رستاق أو قرية إلى قاضي مصر؛ لأنه يجري مجرى القضاء فيختص بمكان يختص به القضاء وهو مكان تقام فيه الجمع والأعياد (معين الحكام ص:١٤٩).

[5] - وفي (ن): "المغصوب".

والأمانة المجحودة، والعقار، وعن محمد رحمه الله يقبل فيما ينقل أيضا، وعليه الفتوى[١].

٤٥- وإنما يقبله المكتوب إليه إذا كان الكاتب قاضيا حالة الوصول، حتى لو مات، أو عزل قبله، لا يقبل[٢]، وكذا لو مات المكتوب

---

[١] - قال ابن الهمام: وعن محمد أنه يقبل في جميع ما ينقل من الدواب، والثياب، والإماء، وعليه المتأخرون، ونص الإسبيجابي على أن الفتوى عليه، وبه قال مالك، وأحمد، والشافعي في قول (فتح القدير ٢٨٨/٧) وفي الكنز: (يكتب القاضي إلى القاضي في غير حد وقود) وقال ابن نجيم أي استحساناً ... وإنما جوزناه لأثر علي رضي الله عنه، وللحاجة... ويدخل تحت قوله: "في غير حد وقود" كل شيء من الدين، والنكاح، والطلاق، والشفعة، والوكالة، والوصية، والإيصاء، والموت، والوراثة، والقتل إذا كان موجبه المال، والنسب من الحي والميت، والغصب، والأمانة المجحودة من وديعة، ومضاربة، وعارية والأعيان منقولاً أو عقاراً وهو المروي عن محمد وعليه المتأخرون، وبه يفتى للضرورة ... وعمل الفقهاء اليوم على التجويز في الكل للحاجة، وقال الإمام الإسبيجابي وعليه الفتوى - (بعد ذكر عدة مسائل في هذا الباب من قاضي خان، واختلاف الأئمة فيها نقل عن قاضي خان أنه قال): "وقال محمد: يكتب في هذه المسائل كلها احتياطاً، احترازاً عن تضييع الحقوق" (ر: البحر الرائق ٢/٧-٣، دار المعرفة) وبه قال أبويوسف رحمه الله كما قال في الهندية: "وعنه رواية أخرى: أنه يجوز في جميع المنقولات، وبه أخذ بعض المتأخرين من مشايخنا" (ر: الفتاوى الهندية ٣٨١/٣، دار الفكر).

[٢] - هذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وعند أبي يوسف والشافعي وأحمد أنه يعمل به، (ر: فتح القدير ٢٩٥/٧) وقال ابن نجيم المصري: ويبطل الكتاب بموت الكاتب وعزله، يعني قبل وصول الكتاب إلى الثاني أو بعد وصوله قبل القراءة؛ لأنه بمنزلة الشهادة على الشهادة، وقال أبويوسف: لا يبطل، وأما بعدهما فلا يبطل في ظاهر

إليه أو عزل، لا يقبله القاضي الثاني، إلا إذا كتبه إلى قاض من قضاة المسلمين[١]، ولا يقبل المكتوب إليه[٢] إلا بشهادة رجلين، أو رجل وامرأتين بمحضر من الخصم[٣].

٤٦- وعلم ما في الكتاب، وحفظه شرط للشهود، وكذا الختم عند

---

الرواية، وجنون الكاتب وردته وحده لقذف وعماه كعزله (البحر الرائق: ٤/٧، دار المعرفة).

[١] - قال ابن نجيم: "ويبطل الكتاب بموت المكتوب إليه إلا إذا كتب بعد اسمه: وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين... لأن الكاتب اعتمده، إلا إذا عممه لاعتماده الكل، قيد بقوله: "بعد اسمه" لأنه لو عمم ابتداء لم يجز أن يحكم به أحد، وأجازه أبو يوسف حين ابتلي بالقضاء، واختاره كثير من المشايخ تسهيلاً للأمر، وفي الخلاصة: وعليه عمل الناس اليوم" (البحر الرائق ٥/٧، دار المعرفة).

[٢]- كذا في (ن): وزاد في (م): "ولا يقبل القاضي المكتوب إليه".

[٣]- اتفق العامة من الفقهاء على أن المكتوب إليه لا يقبل كتاب القاضي إلا بشهادة رجلين، أو رجل وامرأتين بمحضر من الخصم، ولكن لو أرسل الكتاب في زماننا بالبريد هل يقبل أم لا؟ ينبغي أن يقبل إذا أرسل بالبريد المضمون أو المؤمن عليه لقلة التزوير والتحريف فيه، ولتجليب التيسير للناس، فإن في إرسال الشاهدين مع الكتاب إلى المكتوب إليه مؤنة كثيرة، لا يستطيع كثير من الناس دفعها فضاعت الحقوق، فلهذا إذا أرسل الكتاب بالبريد المضمون والمؤمن عليه بعد التوقيع والختم فيه وفي غلافه، ينبغي أن يقبل، ولو كان المكتوب إليه يشك في ذلك فله أن يرفع الشك، وذلك لأن الفقهاء لم يشترطوا الشهود إلا لخوف التزوير، وفساد الزمان (ر: تبصرة الحكام: ١١/٢، والمغني: ٩٦/٩)، نظراً إلى هذه التصريحات ينبغي أن يجوز إرسال الكتاب بالبريد المضمون أو المؤمن عليه.

حضرتهم، وعن أبي يوسف أنه ليس بشرط، وإنما الإشهاد شرط.

٤٧- كتاب القاضي إلى القاضي يجوز في بلد واحد إذا كانا قاضيين فيه[١].

٤٨- وإذا حكم رجلان رجلا ليحكم بينهما جاز، إذا كان بصفة الحاكم، إلا في الحدود و القصاص[٢]، فيه إشارة إلى أن التحكيم في المجتهدات جائز[٣]، هو الصحيح، إلا أنه لا يفتى به[٤]، فإن رفع حكمه إلى

---

[١] - ر: البحر الرائق ٥/٧.

[٢] - أي لا يجوز التحكيم في الحدود الواجبة حقاً لله تعالى باتفاق الروايات، لأن الإمام هو المتعين لاستيفائها وأما في القصاص وحد القذف فقد اختلف المشايخ، قال شمس الأئمة: التحكيم في حد القذف والقصاص جائز عند بعض المشايخ، كذا ذكر في الذخيرة، لأن الاستيفاء إليهما وهما من حقوق العباد فيجوز التحكيم كما في الأموال، وذكر الخصاف أن التحكيم لا يجوز في الحدود والقصاص، واختاره المصنف، (ر: العناية في هامش فتح القدير ٢٩٨/٧، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان)، وهو الصحيح كما في الفتح (٢٩٨/٧).

[٣] - وفي (م): "جاز".

[٤] - أي المسائل التي يسوغ فيها الاجتهاد من حقوق العباد، كالكنايات في جعلها رجعية، وفسخ اليمين، وفسخ اليمين المضافة إلى الملك وغير ذلك كما إذا مس صهرته بشهوة وانتشر لها فحكم الزوجان حكما ليحكم لهما بالحل على مذهب الشافعي، فالأصح هو النفاذ إن كان الحكم يراه إلا أنه لا يفتى به، لئلا يتجاسر العوام فيه، قال شمس الأئمة الحلواني: مسألة حكم المحكم تعلم ولا يفتى بها، وكان يقول: ظاهر المذهب أنه يجوز إلا أن الإمام الأستاذ أبا علي النسفي كان يقول: يكتم هذا الفصل ولا يفتى به كي لا يتطرق الجهال إلى

القاضي أمضاه، إلا أن يخالف الكتاب، أو السنة المتواترة، أو الإجماع[١].

٤٩- ولكل واحد من المحكمين أن يرجع ما لم يحكم بينهما، فإذا حكم لزمهما[٢].

٥٠- وحكم الحاكم لأبويه، وزوجته[٣] باطل للتهمة، وحكمه عليهم يجوز كالشهادة.

٥١- ويجوز قضاء المرأة في كل شيء، إلا في الحدود والقصاص اعتباراً بشهادتها[٤].

---

ذلك، فيؤدي إلى هدم مذهبنا (ر: العناية في هامش فتح القدير: ٢٩٨/٧، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان) وقدم الشامي وجه المنع من عدم الإفتاء به بقوله: قلت: هذا يفيد منع التحكيم مطلقاً إلا لعالم، والأحسن في الجواب أن يقال: إن الحالف في اليمين المضافة إذا كان يعتقد صحتها يلزمه العمل بما يعتقده، فإذا حكم بعدم صحتها حاكم مولى من السلطان لزمه اتباع رأي الحاكم وارتفع بحكمه الخلاف، أما إذا حكم رجلاً فلا يفيده شيئاً سوى هدم مذهبه، لأن حكم المحكم بمنزلة الصلح لا يرفع خلافاً ولا يبطل العمل بما كان الحالف يعتقده، فلذا قالوا: لا يفتى به، ولابد من حكم المولى – هذا ما ظهر لي والله سبحانه أعلم، (رد المحتار: ٤٨٥/٤).

[١] – مجمع الأنهر: ١٧٣،١٧٤/٢، وشرح العيني على الكنز: ٢/ ٧١، ٧٢.

[٢] – مجمع الأنهر: ١٧٣/٢، والهندية معزيا إلي الهداية: ٣/ ٣٩٧.

[٣] – وكذا كل من لا تقبل شهادته له، (فتح القدير: ٣٢٠/٧).

[٤] – قال ابن نجيم: لكن يأثم المولى لها، للحديث: لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة، (رواه البخاري رقم الحديث: ٤٤٢٥ كتاب المغازي عن أبي بكـرة البحـر الرائق ٥/٧، دار المعرفة).

٥٢- ويجوز للقاضي أن يأخذ الأجرة على كتب السجلات، والمحاضر، والوثائق قدر ما يأخذ[١] غيره[٢].

٥٣- ثم القاضي إذا كان محتاجاً إلى النفقة، فالأفضل أن يأخذ نفقته[٣] و نفقة أهله من بيت المال قدر كفايته؛ لأنه مشغول بحق العامة، وبيت المال ملك العامة، وإن لم يكن محتاجا قال بعضهم: يحل أخذه منه والترك أفضل، وقال بعضهم: الأفضل أن يأخذ نظراً لمن يأتي بعده من المحتاجين[٤].

٥٤- وينصب القاضي كاتباً و[٥]مترجماً عدلاً، والإثنان في المترجم أفضل وأحوط[٦]، وكذا في المزكي، حتى قالوا في تزكية شهود الزنا عند محمد رحمه الله أربعة.

---

[١] - وفي (م) : "قدر ما أخذ".

[٢] - وفي الهندية: وأما أجر كتاب القاضي وأجر قسامه فإن رأى القاضي أن يجعل ذلك على الخصوم فله ذلك، وإن رأى أن يجعل ذلك في مال بيت المال وفيه سعة فلا بأس به، وعلى هذا، الصحيفة التي يكتب فيها دعوى المدعين وشهادتهم، إن رأى القاضي أن يطلب ذلك من المدعي فله ذلك (الفتاوى الهندية ٣/٣٢٩-٣٣٠، دار الفكر).

[٣] - "نفقته" ساقط في (ن).

[٤] - كذا في الهندية (٣/٣٢٩)، وفيه أيضاً: هل يأخذ القاضي الرزق في يوم العطلة؟ فاختلف فيه المتأخرون، والصحيح أنه يأخذ.

[٥] - "و" ساقط في (ن).

[٦] - هذا عند أبي حنيفة، وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمد، والشافعي: لا يجوز إلا رجلان أو رجل وامرأتان (ر: معين الحكام ص: ١٨).

# كتاب القسمة

٥٥- القسمة إسم من الاقتسام لغة[١]، وفي الشريعة[٢]: تمييز الحقوق وإفراز الأنصباء[٣]، وهذا ظاهر في المثليات كالمكيل والموزون، وكذا في المعدودات والمذروعات إذا كانت من جنس واحد.

٥٦- وجهة الإفراز[٤] راجحة في المثليات لعدم التفاوت فيه، حتى يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه، وفي قسمة الشراء يبيع كل واحد منهما مرابحة بنصف الثمن، يعني إذا اشترى اثنان شيئاً ثم أرادا القسمة[٥].

٥٧- وأما في غير[٦] المثليات كالحيوان، والعقار، والعروض المتفاوتة

---

[١] - في المنجد: القسمة ج قسم: اسم من الاقتسام: النصيب، (٦٢٨)، وفي لسان العرب لابن منظور: القسمة والقسم بالكسر: النصيب والحظ (١١/١٦٢).

[٢] - قال الكاساني: وفي الشريعة: عبارة عن إفراز بعض الأنصباء عن بعض، ومبادلة بعض ببعض (بدائع الصنائع ٢٥/٧، ط دار الفكر بيروت - لبنان).

[٣] - وفي (ن،ع): "الأنصاب".

[٤] - الإفراز لغةً: القطع والقسم، وقد فرزت الشيء وأفرزته إذا قسمته (لسان العرب: ٣٩٠/٥)، واصطلاحاً: هو أخذ عين حقه (الدر المختار على هامش الرد: ٣٦٨/٩، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

[٥] - كذا في الهندية ٢٠٤/٥، والبحر الرائق ٨/ ١٦٧ .

[٦] - "في غير" ساقط في (ن).

كالثياب وغيرها[1]، فجهة المبادلة[2] راجحة حتى لا يأخذ أحدهما نصيبه حال غيبة الآخر[3]، ولا يبيع أحدهما نصيبه مرابحةً للتفاوت فيها، ولهذا يثبت فيها خيار الرؤية، وخيار الشرط[4].

٥٨- وما يجتمع في يده نصفه مقبوضاً بحكم الملك، ونصفه عوضاً عما له في يد الآخر فكان[5] مبادلة من وجه دون وجه، حتى لا تجب الشفعة فيه، ولا[6] يجبر على القسمة، وإذا كانت الأعيان من جنس واحد يجبر القاضي على القسمة بطلب أحد الشركاء[7]، وفي الأجناس

---

[1] – وفي (ن): "وغيرهما بجهة المبادلة راجحة، لا يأخذ الخ".

[2] – المبادلة لغة التبادل، وبادل الرجل مبادلةً وبدالاً: أعطاه مثل ما أخذ منه (لسان العرب: ٤٨/١١) واصطلاحاً: هو أخذ عوض حقه (الدر المختار على هامش الرد: ٣٦٩/٩ دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[3] – قال ابن نجيم: القسمة تشتمل على تمييز الحقوق والمبادلة، والتمييز: هو الظاهر من ذوات الأمثال حتى كان لأحد الشريكين أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه، والمبادلة: هي الظاهرة في غير المثلي كالثياب، والعقار، والحيوان حتى لا يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه (البحر الرائق ١٦٧/٨، دار المعرفة بيروت – لبنان).

[4] – كذا في مجمع الأنهر ٢/ ٤٨٨.

[5] – وفي (ن): "وكان".

[6] – "لا" ساقط في (ن).

[7] – ر: البحر الرائق: ٨/ ١٦٨، والمبسوط للسرخسي ٢٦/٨.

المختلفة لا يجبر لتعذر المعادلة[١]، ولو فعلوا بأنفسهم جاز، لأن الحق لهم.

٥٩- وينبغي للقاضي أن ينصب قاسماً يرزقه من بيت المال، ليقسم بين الناس بغير أجرة، لأنها من جنس القضاء من حيث أنها[٢] تقطع الخصومة، و من وجه تشبه[٣] سائر الأعمال؛ لأنه أمر حسي كالخطاطة[٤] وغيرها، بخلاف القضاء لأنه ليس بأمر حسي، فيجوز أخذ الأجرة عليها لا عليه، ولأن نفع القسمة للمتقاسمين[٥] [على الخصوص فتجب[٦] عليهم مؤنة القسمة][٧].

٦٠- [ويجب أن يكون القاسم عدلاً مأموناً عالماً بالقسمة][٨]؛ لأنه

---

[١] - وفي (ن): "المبادلة".

[٢] - وفي (م): "لأنهما".

[٣] - وفي (م): "يشبه".

[٤] - وفي (ن) : "كالخطابة".

[٥] - وفي (م) : "لأنه يقع القسمة للمتقاسمين". وفي الهداية ما يوضحه: "ينبغي للقاضي أن ينصب قاسماً يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس بغير أجر... فإن لم يفعل نصب قاسماً يقسم بالأجر، لأن النفع لهم على الخصوص" (الهداية مع تكملة شرح فتح القدير ٤٣٩/٩، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

[٦] - وفي (م): "يجب".

[٧] - سقط ما بين القوسين في (ن).

[٨] - ما بين القوسين ساقط في (ن).

من جنس عمل القضاء، فلا بد من العلم والأمانة.

٦١- وأجرة القسام على عدد الرؤس عند أبي حنيفة، وقالا: على قدر الأنصباء[١]، والمنقولات الموروثة[٢] والمشتراة تقسم بالاتفاق بالطلب، فلا حاجة إلى إثبات البينة على موت المورث، لأن اليد دليل الملك، وكذا العقار المشترى يقسم[٣] بالطلب[٤]، وأما العقار الموروث لا يقسم

---

[١] - قال ابن نجيم: والأجرة على عدد الرؤوس على قول الإمام، وقالا: على قدر الأنصباء، لأنها مؤنة الملك فتتقدر بقدره كأجرة الكيال، والوزان، وحافر البئر ... ولأن المقصود بالقسمة أن يتوصل كل واحد منهما إلى الانتفاع بنصيبه، ومنفعة صاحب الكثير أكثر، فكانت مؤنة القسمة عليه أكثر، وللإمام أن الأجرة بمقابلة التمييز، وأنه لا يتفاوت، وربما يصعب الحساب بالنظر إلى القليل، وقد ينعكس الأمر باعتبار الكسور فيتعذر اعتباره، ألا ترى أنه لا يتصور تمييز القليل من الكثير، إلا بما يفعله فيهما فيتعلق الحكم بأصل التمييز، لأن عمل الإفراز واقع لهم جملة، بخلاف ما ذكراه، لأن الأجرة مقابلة بالعمل وهو يتفاوت فتتفاوت الأجرة بتفاوته، وروى الحسن عن أبي حنيفة أن الأجرة على الطالب للقسمة؛ لأنه هو المنتفع بالقسمة دون الآخر (البحر الرائق: ١٦٩/٨، دار المعرفة بيروت - لبنان).

[٢]- وفي (ن): "الموزنة"، وفي (م): "الموزونة" والصحيح ما كتبناه كما في الهداية مع تكملة شرح فتح القدير ٤٤٠/٩، وفتاوى النوازل ص: ٣٨٨.

[٣] - وفي (ن): "وبقي العقار المشترى فيقسم بالطلب".

[٤] - ر: مجمع الأنهر وملتقى الأبحر: ٤٩٠/٢، والبحر الرائق: ١٦٨/٨،١٦٩.

حتى يقيموا البينة على الموت، وعدد الورثة عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه قضاء على الميت، و إقرارهم ليس بحجة عليه، فلا بد من البينة، ولعل أنه لم يمت مورثه، أو له وارث آخر.

٦٢- وكذا في الملك المطلق لم يقسم[١] حتى يقيموا البينة على الملك، لأن قسمة الملك محتاج إلى قيام الملك، وفي رواية: يقسم بينهم بغير بينة[٢]؛ لأنهم ما أقروا بملك الغير[٣]؛ لأن المبيع بعد البيع لم يبق في ملك البائع، بخلاف الميراث، فإن ملك الميت قبل القسمة باق فيه حتى تنفذ وصاياه، وتقضى ديونه منه.

٦٣- وإن كان أحد الورثة غائباً، والدار في يد الحاضرين تقسم بطلب الحاضرين[٤]، وينصب للغائب وكيلاً يقبض نصيبه، وكذا إذا

---

[١] - وفي (ن): "لم ينقسم".

[٢] - وهو مذهب أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، والصحيح أنه لم يقسم عند الكل كما صرح المصنف في الهداية، فقال: وإن ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل إليهم قسمه بينهم، لأنه ليس في القسمة قضاء على الغير، لأنهم ما أقروا بالملك لغيرهم، قال: هذه رواية كتاب القسمة، وفي الجامع الصغير: أرض ادعاها رجلان وأقاما البينة أنها في أيديهما، وأرادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة أنها لهما، لاحتمال أن تكون لغيرهما، ثم قيل هو قول أبي حنيفة خاصة، وقيل: هو قول الكل وهو الأصح (الهداية مع تكملة شرح فتح القدير ٤٤٣/٩، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

[٣] - وفي (ن): "تمليك الغير".

[٤] - وفي (ن): "وكذا الدار في يد الحاضرين، وينصب للغائب" الخ.

كان أحدهم صبياً، نصب وصياً يقبض نصيبه، ولا بد من إقامة البينة عنده أيضا[1].

٦٤- ولا يأخذ كفيلاً من الورثة عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن استحقاق وارث آخر فيه أو الغريم موهوم، فلا يعتبر فيه، وقالا: يأخذ كفيلا منهم؛ لأن الموت قد يقع بغتة، فيحتاط[2] فيه الكفيل كما إذا دفع[3] الآبق[4] أو اللقطة إلى صاحبه[5].

٦٥- وإن كان العقار في يد الغائب أو شيء منه لم يقسم، و كذا إذا كان في يد صبي.

٦٦- وأما العقار المشترى لم يقسم في غيبة أحدهم[6].

والفرق بينهما أن الملك الثابت بالشراء ملك مبتدأ، ولهذا لا يرد[7] بالعيب على بائع بائعه، فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب، وأما ملك الوارث في الميراث ملك خلافة، حتى يرد هو بالعيب فيما اشترى

---

[1] - خلافاً لأبي يوسف ومحمد رحمهما الله (الهداية مع تكملة شرح فتح القدير ٤٤٣/٩، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

[2] - وفي (ن،ع): "فيحاط فيه".

[3] - وفي (م): "وقع".

[4] - وفي (م): "الأبواء".

[5] - ر: البحر الرائق١٧٠/٨.

[6] - وفي (م): "وأما العقار المشتراة لم يقسم عليه مع غيبة أحدهم".

[7] - وفي (ن) : "يرد" بدون "لا" وهو خطأ.

مورثه، ويرد عليه بالعيب فيما باعه مورثه فانتصب أحدهما خصما[1] عن الميت[2].

---

[1] – "خصماً" ساقط في (ن، ع).

[2] – في النسخ الثلاث: "الغائب" والصواب ما كتبناه من الهداية (الهداية مع تكملة شرح فتح القدير ٤٤٢/٩، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان). وفي الهداية: ما يوضحه: والفرق أن ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب ويرد عليه بالعيب فيما اشتراه المورث أو باع ويصير مغروراً بشراء المورث فانتصب أحدهما خصماً عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين أما الملك الثابت بالشراء ملك مبتدأ ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه فلا يصلح الحاضر خصماً عن الغائب (الهداية مع تكملة شرح فتح القدير ٤٤٣/٩، ٤٤٤، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

# فصل فيما يقسم وفيما لا يقسم[1]

٦٧- وإذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب أحدهم؛ لأن القسمة حقهم، ولا ضرر لأحد فيها، و إن كان [كل][2] واحد منهم يستضربه لقلة نصيبه لم يقسم إلا بتراضيهم، وإن كان أحدهم ينتفع به والآخر يستضر لقلة نصيبه، فإن طلب صاحب الكثير قسم؛ لأنه منتفع به فاعتبر طلبه، وإن طلب صاحب القليل لم يقسم[3]، لأنه[4] متعنت، وذكر الجصاص على عكسه؛ لأن صاحب الكثير يريد الإضرار به[5].

٦٨- وتقسم العروض إذا كانت من صنف واحد؛ لأن عند اتحاد

---

[1] - "فصل فيما يقسم وفيما لا يقسم" ساقط في (ن، ع).

[2] - ما بين القوسين زدناه من الهداية لتصحيح المتن (انظر: الهداية كتاب القسمة فصل فيما يقسم وما لا يقسم).

[3] - الفتوى على القسمة كما في لسان الحكام: قال أبو الحسن في مختصره لا تقسم، وإليه ذهب الإسبيجابي، والفقيه أبو الليث، وأبو بكر ومحمد بن أبي سهل السرخسي وجعلوا هذا قول أصحابنا، وذكر الحاكم الشهيد: أنها تقسم، وإليه ذهب خواهر زاده وعليه الفتوى، لأن الطالب رضي بالقسمة، وهذه القسمة لا تتضمن الضرر على الآبي، (ر: لسان الحكام على هامش معين الحكام، الفصل الحادي عشر في الغصب، وخلاصة الفتاوى ٢٠٩/٤).

[4] - وفي (ن، ع) : "أنه" بدون "ل" وهو خطأ.

[5] - كذا في مجمع الأنهر ٢/ ٤٩١، والبحر الرائق: ٨/ ١٧٢، وبدائع الصنائع ٣٠/٧.

الجنس يتحد المقصود، فيحصل [التعديل] في القسمة [والتكميل في][1] المنفعة.

٦٩- ولا يقسم الجنسان بعضها في بعض، لأن بهذا لا يقع تمييزاً، بل يقع معاوضة، وذلك بالتراضي لا بالجبر[2].

٧٠- والمكيلات، والموزونات، والمعدودات المتقاربة، وتبر الذهب، والفضة، والحديد، والنحاس يقسم بانفراده قليلاً كان أو كثيراً.

٧١- ولا تقسم الأواني منها بانفرادها، وإن اتحد الأصل فيها؛ لأنها مختلفة[3] باختلاف الصنعة.

٧٢- والإبل، والبقر، والغنم تقسم[4] بإنفرادها.

٧٣- والثياب إذا كانت من صنف واحد[5] تقسم، ولا يقسم ثوب واحد للضرر بالقطع إلا بتراضيهم[6].

٧٤- ولا يدخل في القسمة الدراهم، والدنانير إلا بتراضيهم، معناه

---

[1] - ما بين القوسين زدناه من الهداية تصحيحاً للمتن.

[2] - وفى مجمع الأنهر: ولا يقسم القاضي الجنسين بإعطاء بعضهما في بعض لعدم الاختلاط بينهما فلا تكون القسمة تمييزاً بل معاوضةً، ولا بد فيها عن التراضي، وهذا بالإجماع (٤٩١/٢، دار إحياء التراث العربي).

[3] - وفي (م): "مختلف" وهو خطأ.

[4] - "والغنم تقسم" ساقط في (ن، ع).

[5] - وفي (ن، ع): "من صنف واحد وجنس واحد".

[6] - ر: لسان الحكام على هامش معين الحكام (ص:١٠٢)، والبدائع للكاساني (٣١/٧)، والفتاوى الهندية (٢٠٩/٥).

لا يدخل في القسمة[1] شيء آخر، صورته: إذا كان أرض، وفي جانبها بناء فعن[2] أبي يوسف رحمه الله يقوم كل واحد منهما ثم يقسم باعتبار القيمة، و عن أبي حنيفة تقسم الأرض بالمساحة[3] ثم يرد من وقع البناء في نصيبه دراهم للآخر، فتدخل الدراهم في قسمة الدار ضرورة التسوية، وعن محمد رحمه الله يرد من[4] العرصة بإزاء البناء، ثم إن فضل شيء يرد من الدراهم.

٧٥- ولا يقسم الرقيق، والجواهر، أي جبراً لتفاوتهما[5] إلا بتراضيهم عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن التفاوت في الآدمي فاحش، ألا ترى[6] أن الذكر والأنثى منهم جنسان؟ وقالا: يقسم إذا كانوا كلهم[7] ذكوراً وإناثا، وكذا في الجواهر الكبار لا تقسم وكذا الصغار؛ لأن جهالة الجواهر أفحش[8]، وقيل: تقسم الصغار بينهما لقلة التفاوت[9].

---

[1] - وفي (م): "في قسمه".

[2] - وفي (ن، ع): "عند".

[3] - لأن المساحة هو الأصل في الممسوحات (ر: الهداية ٤/٤١٦).

[4] - "من" ساقط في (ن، ع).

[5] - كذا في الهداية ٤/٤١٤.

[6] - وفي (م) : "ألا يرى".

[7] - "كلهم" ساقط في (ن، ع).

[8] - كذا في مجمع الأنهر وملتقى الأبحر (ر:٢/٤٩٣، ٤٩٤)، والفتاوى الهندية (٥/٢٠٥).

[9] - وفي (ن، ع): "لأن جهالة الجواهر أفحش من جهالة الرقيق".

٧٦- ولا يقسم حمام[١]، ولا بئر، ولا رحا[٢] إلا بتراضي الشركاء[٣].

٧٧- والدور المشتركة في مصر واحد، لا تقسم بعضها في بعض[٤]، بل يقسم كل واحد على حدة عند أبي حنيفة رحمه الله[٥].

ففيها ثلاث مسائل: الدور[٦]، والبيوت، والمنازل[٧]، فالدور تقسم على حدة سواء كانت متفرقة أو متلازقة بعضها ببعض؛ لأن الدار تختلف باختلاف البلدان، والمحال، والجيران، وقرب الماء والمسجد، وبعدهما[٨]،

---

[١] - وفي (ن، ع): "حمال".

[٢] - وفي (ن، ع) : "رجال".

[٣] - كذا في الهداية: ٤١٥/٤، والبحر الرائق ١٧٢/٨.

[٤] - وفي (ن، ع): "بعضها في بعضها".

[٥] - وقالا: إن كان الأصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها (الهداية ٤١٥/٤).

[٦] - وفي (ن): "الديور".

[٧] - اعلم أن البيت: اسم لمسقف واحد له دهليز معد للبيتوتة، والمنزل: اسم لما يشتمل على بيوت وصحن مسقف ومطبخ، والدار: اسم لما يشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف، فالدار أشمل من أختيها لاشتمالها عليهما، وإنما لا يدخل العلو بشراء بكل حق في عرف الكوفة، وأما في عرفنا فيدخل في جميع ذلك، (دستور العلماء ٩٨/٢، مادة: الدار مع الألف) قال الشامي: المنازل جمع منزل أصغر من الدار وأكبر من البيت، لأنه دويرة صغيرة فيها بيتان أو ثلاثة، والبيت مسقف واحد له دهليز، (رد المحتار ١٦٦/٥ مطلب لكل من الشركاء السكنى).

[٨] - وفي (م): "وبعده" والصواب ما كتبناه.

وإحكام البناء ورخاوتها[1].

٧٨- والبيوت تقسم[2] قسمة واحدة سواء كانت متفرقة أو مجتمعة[3]؛ لأنها لا تتفاوت في منفعة السكنى[4].

٧٩- وأما المنازل إن كانت مجتمعة[5] في درب واحد متلازقة[6] بعضها ببعض تقسم قسمة واحدة[7] كالبيوت، وإن كانت متفرقة يقسم كل منزل على حدة كالدور سواء كانت في دروب مختلفة، أو في درب واحد بعضها في أقصاه، وبعضها في أدناه؛ لأن المنازل تتفاوت[8] في السكنى، لكن التفاوت فيها دون التفاوت في الدور[9].

---

[1] - وفي (ن، ع): "زخارفها".

[2] - "تقسم" ساقط في (ن، ع).

[3] - وفي (ن، ع): "مجمعة".

[4] - كذا في مجمع الأنهر: ٤٩٢/٢، والبحر الرائق: ١٧٣/٨ .

[5] - "إن كانت مجتمعة" ساقط في (م).

[6] - وفي (ن، ع): "ملازقة".

[7] - "كالبيوت، وإن كانت متفرقة يقسم كل منزل على حدة" ساقط في (م).

[8] - وفي (م): "لا تتفاوت".

[9] - فهي تشبه البيوت من وجه والدور من وجه، فأشبهها بالبيوت قلنا: إذا كانت متلازقة تقسم قسمة واحدة؛ لأن التفاوت فيها يقل في مكان واحد، ولشبهها بالدور قلنا: إذا كانت في أمكنة متفرقة لا تقسم قسمة واحدة (العناية على هامش تكملة شرح فتح القدير ٤٤٨/٩، دار الكتب العلمية).

# فصل في كيفية القسمة[١]

٨٠- وينبغي للقاضي أن يصور ما يقسمه لتمكن حفظه، ويعدله، أي يسويه، ويعزله عن غيره، ويذرعه[٢] ليعرف قدره، ويقوِّم البناء للحاجة إليه في الآخرة[٣]، ويفرز كل نصيب عن الآخر بطريقه، وشربه، حتى لا يكون[٤] لنصيب بعضهم بنصيب الآخر تعلق، وتنقطع المنازعة، فيتحقق معنى القسمة على التمام، ثم يكتب[٥] أسمائهم[٦]، ويلقب[٧] نصيباً بالأول، والذي يليه بالثاني، والثالث على هذا[٨]، ثم يخرج القرعة فمن خرج اسمه أولاً فله السهم الأول، وللثاني الثاني، وعلى هذا يخرج القرعة وهي ليست بواجبة، وإنما هي تطيبياً للقلب، وإزاحة تهمة الميل، حتى لو عين لكل واحد منهم نصيباً من غير إقراع جاز، هذا إذا كان سهمهم مساوياً[٩].

---

[١] - "فصل في كيفية القسمة" ساقط في (ن، ع).

[٢] - وفي (ن،ع): "فيذرعه".

[٣]- وفي (م): "الأجرة".

[٤] - وفي (م): "تكون".

[٥] - وفي (م): "تكتب".

[٦] - وفي (ن، ع): "أساميهم".

[٧] - وفي (م): "تلقب".

[٨] - "على هذا" ساقط في (ن، ع).

[٩]- كذا في مجمع الأنهر وملتقى الأبحر:٤٩٣/٢، والفتاوى الهندية: ٢٠٦/٥ .

٨١- وأما إذا كان مختلفاً كما كان لأحدهم نصف، وللآخر ثلث، وللآخر سدس، يلقب النصف أولاً، والثاني ثانياً، والثالث ثالثاً، فإن خرج السدس يعطى من الأول وهو النصف سهماً[١]، و إن خرج بعده نصف يضم إليه سهم آخر حتى النصف ويعطى، وقيل: ينظر إلى أقل الأنصباء، إن كان ثلثا جعلها[٢] أثلاثاً، وإن كان سدساً جعلها أسداساً[٣].

٨٢- دار لها علو وسفل، قال أبو حنيفة رحمه الله: يقسم ذراع من سفل بذراعين من علو، وقال أبو يوسف رحمه الله: ذراع بذراع، وقال محمد رحمه الله: يقسم بالقيمة[٤].

---

[١] - وفي (ن): "سهمان" وهو خطأ.

[٢] - وفي (م): "جعلهما".

[٣] - هذه الصورة أسهل للقسمة وأرفق، قال ابن نجيم المصري: كيفيته أن ينظر إلى أقل الأنصباء فيقدر به آخر السهام حتى إذا كان العقار بين ثلاثة لأحدهم النصف، وللآخر الثلث، وللآخر السدس جعلها أسداساً، لأنه أقل الأنصباء، فيكتب أسماء الشركاء في بطاقات ويجعلها شبه البندقة، ثم يخرجها حتى إذا انشقت وهي مثل البندقة يدلكها، ثم يجعلها في كمه أو وعاء فيخرجها واحداً بعد واحد، فمن خرج اسمه أولا فله السهم الأول، ومن خرج ثانياً فله السهم الثاني، ومن خرج ثالثاً فله السهم الثالث إلى أن ينتهي إلى الأخير، فإن خرج أولا في المثال الذي ذكرناه اسم صاحب النصف فإن له ثلاثة أسداس من الجانب الملقب بالأول، وإن خرج ثانياً كان له كذلك من الجانب الذي يلي الأول، وإن خرج ثالثاً كان له كذلك من الجانب الذي يلي الثاني، وعلى هذا كل واحد منهم (البحر الرائق: ١٥٢/٨، دار المعرفة).

[٤] - الفتوى على قول محمد رحمه الله أنه قوم كل واحد من ذلك على حدة، وقسم بالقيمة (الدر المختار في هامش الرد ١٦٧/٥).

٨٣ – وإذا استحق بعض نصيب أحدهما لم تفسخ القسمة عند أبي حنيفة رحمه الله، و يرجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه[1]، هذا إذا كان شايعاً[2]، أما إذا استحق جزء معين لم تفسخ القسمة[3] بالإجماع، وإذا استحق جزء شايع في الكل تفسخ القسمة بالإجماع[4].

---

[1] – قال صاحب العناية: هاهنا ثلاثة أوجه: استحقاق بعض معين في أحد النصيبين أو فيهما جميعاً، واستحقاق بعض شائع في النصيبين واستحقاق بعض شائع في أحد النصيبين، ففي الأول لا تفسخ القسمة بالاتفاق، وفي الثاني: تفسخ بالاتفاق، وفي الثالث: لم تفسخ عند أبي حنيفة لكن يخير إن شاء رجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه وإن شاء رد ما بقي واقتسم ثانياً، وقال أبويوسف: تفسخ، ومحمد مع أبي يوسف في رواية، ومع أبي حنيفة في رواية وهو الصحيح (العناية مع تكملة شرح فتح القدير ٤٦١/٩، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[2] – وفي (ن،ع): "ويرجع حصة ذلك في نصيب واحد، إذا كان شائعاً". أي شائعاً في نصيب أحدهما بعينه، (ر: الهداية ٤٢٠/٤).

[3] – "القسمة" ساقط في (ن، ع).

[4] – كذا في مجمع الأنهر وملتقى الأبحر ٤٩٤/٢، والهداية مع تكملة الفتح ٤٦١/٩.

# فصل في المهايأة

٨٤- والمهايأة[١] قسمة المنافع على التعاقب، وهي جائزة استحسانا للحاجة إليها، إذا تعذر قسمة العين، والقياس يأبى جوازها؛ لأنها مبادلة المنفعة نسيئة[٢]، ويتأخر حق أحدهما، لكن تركنا القياس للحاجة؛ ولأن المنافع تستحق بعوض وغيرعوض كالأعيان[٣]. ثم تجوز القسمة في الأعيان فكذا في المنافع، ولهذا يجري فيها جبر القاضي عند الطلب فكذا في المنافع، إلا أن قسمة العين أقوى منها في استكمال المنفعة؛ لأنه جمع

---

١- المُهايأة لغةً: الأمر المتهيأ عليه، وتهايؤوا على كذا: تمالؤوا (لسان العرب: ه ي أ:١٧١/١٥) وفي الهندية: إن المهاياة قسمة المنافع، وإنها جائزة في الأعيان المشتركة التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها (الهندية ٢٢٩/٥، دار الفكر).

٢- وفي (ن،ع): "نسبة".

٣- وفي مجمع الأنهر: وتجوز المهايأة عند تعذر الاجتماع على الانتفاع، وهي لغة مفاعلة من التهيئة وهي الحالة الظاهرة للمتهيئ للشيئ، والتهايؤ تفاعل منها، وهو أن يتواضعوا على أمر فيتراضوا به، وحقيقته أن كلا منهم رضي بهيئة واحدة ويختارها ... والفرق بين القسمة والتهايؤ أن الأول يجمع المنافع في زمان واحد، والثاني يجمع على التعاقب، ويجري فيه جبر القاضي كما في القسمة فيما يحتملها، و شرعاً قسمة المنافع، والقياس أن لا تجوز؛ لأنها مبادلة المنفعة بجنسها لكنها جازت استحسانا بالإجماع (ر:٢/ ٣٩٦، دار إحياء التراث العربي بيروت، والهداية مع تكملة الفتح المسمى بنتائج الأفكار: ٤٦٦/٩، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

المنافع في زمان واحد بخلاف التهايؤ[1]، وهي على التعاقب، ولهذا لو طلب أحدهما القسمة والآخر المهايأة يقسم؛ لأنه أبلغ في التكميل، وكذا لو طولبت القسمة بعد المهايأة تقسم، ولا تبطل المهاياة[2] بموتهما أو بموت أحدهما؛ لأنه يحتاج إلى إعادتها بطلب أحدهما بخلاف الإجارة والعارية[3].

٨٥- والمهايأة[4] قد تكون في الزمان، وقد تكون في المكان، ولو تهايئا في خدمة العبد على أن يخدم لهذا يوماً و هذا يوماً جاز[5].

٨٦- ولو تهايأ في عبدين على أن يخدم هذا لهذا، وهذا لهذا لم يجز عند أبي حنيفة رحمه الله كقسمة العين[6].

---

[1] - وفي (م): "التهاي".

[2] - سقط في (ن، ع): "المهايأة". وفيهما: "ولا يبطل بموتهما".

[3] - "والعارية" ساقط في (ن، ع).

[4] - وفي (ن، ع): "المهايدة".

[5] - كذا في الهداية ٤٢٢/٤، وفي مجمع الأنهر (٤٩٦/٢): أن يخدم هذا يوماً وهذا يوماً.

[6] - وعندهما جاز وكذا عند أبي حنيفة على الأصح، قال في الهداية: والأصح أنه يقسم القاضي عنده أيضاً، لأن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت، (ر: الهداية ٤٢٣/٤) وقال ابن نجيم المصري: لو تهايئا في عبدين على الخدمة جاز، أما عندهما فظاهر؛ لأن قسمة الرقيق جائزة عندهما فكذا المنفعة، وأما عند الإمام فروي عنه أنها لا تجوز إلا بالتراضي؛ لأن قسمة الرقيق لا يجري فيها الجبر عنده، فكذا المهايأة، والأصح أن القاضي يتهايؤ

٨٧- ولو شرطا نفقة كل عبد على من يخدم له جاز استحسانا للمسامحة في الطعام[١]، وشرط الكسوة عليه[٢] لا يجوز للتفاوت فيها.

٨٨- ولو تهايئا في دار واحدة على أن يسكن فيها شهرا، ويسكن هذا علوها وهذا سفلها يجوز أيضا. وفي الدارين اختلاف في السكنى[٣]، والغلة[٤].

---

بينهما جبراً بطلب أحدهما؛ لأن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت، بخلاف أعيان الرقيق؛ لأنها تتفاوت تفاوتاً فاحشاً (البحرالرائق ١٨٠/٨ دار المعرفة بيروت - لبنان).

[١] - كذا في الهداية ٤٢٣/٤، ومجمع الأنهر ٤٩٧/٢.

[٢] - أي على من يأخذه، وقال في الهداية: "بخلاف شرط الكسوة لأنه لا يسامح فيها" (٤٢٣/٤).

[٣] - وفي (ن، ع): "السكن".

[٤] - وفي الهندية: دار بين رجلين فيها منازل تهايأ على أن يسكن كل واحد منهما منزلاً معلوماً أو علواً أو سفلاً أو يؤاجره فهو جائز، وإن تهايآ في الدار من حيث الزمان بأن تهايآ على أن يسكن أحدهما هذه الدار سنة وهذا سنة أو يؤاجر هذا سنة وهذا سنة فالتهايؤ في السكنى جائز إذا فعل بتراضيهما، وأما إذا تهايآ على أن يواجرها هذا سنة وهذا سنة اختلفوا فيه... الظاهر أنه يجوز إذا استوت الغلتان فيهما وإن فضلت في نوبة أحدهما يشتركان في الفضل وعليه الفتوى، وكذا التهايؤ في الدارين على السكنى والغلة، إن فعلا ذلك بتراضيهما جاز وإن طلب أحدهما وأبى الآخر ذكر الكرخي أن القاضي لا يجبر في قول أبي حنيفة وفي الدار الواحدة يجبر، وذكر شمس الأئمة

٨٩- والدابة الواحدة في الركوب بمنزلة العبدين عند أبي حنيفة رحمه الله[١]. والفرق أن العبد يخدم باختياره، فلا يتحمل الزيادة على طاقته، بخلاف الدابة.

والتهايو[٢] في الغلة في الدار الواحدة يجوز في ظاهر الرواية، وفي العبد الواحد والدابة الواحدة[٣] لا يجوز، والفرق أن الدار لا تتغير[٤] ظاهراً، فلا تفوت المعادلة [بخلاف الحيوان لتوالي أسباب التغير عليه فتفوت المعادلة][٥].

٩٠- ولو كان بين اثنين نخل أو غنم فتهايئا على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة فيستثمرها[٦] أو يرعاها ويشرب لبنها لا يجوز؛ لأن المهايأة قسمة المنافع، وهذه الأشياء أعيان باقية ترد عليها قسمة العين

---

السرخسي: الأظهر أن القاضي يجبر على التهايؤ إلا أن في الدارين إذا أغلت ما في يد أحدهما أكثر مما أغلت الأخرى لا يرجع أحدهما على صاحبه بشيء (الهندية ٢٣٠/٥، دار الفكر).

[١] - أي فلا يصح التهايؤ ر: الهداية مع تكملة الفتح ٤٧١/٩، والفتاوى الهندية ٢٣٠/٥.

[٢] - وفي (م): "التهاي".

[٣] - "والدابة الواحدة" ساقط في (ن، ع).

[٤] - وفي (م): "أن الدابة لا تتغير".

[٥] - ما بين القوسين ساقط في (م).

[٦] - وفي (م): "فيستمرها"، وهو خطأ.

بعد حصولها[1].

فالحيلة فيه أن يبيع حصته من الآخر ثم يشتري كلها[2] بعد مضي نوبته، أو ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضا لنصيب صاحبه إذ قرض المشاع جائز[3].

٩١- دار[4] بين اثنين انهدمت، فطلب أحدهما بناءها من صاحبه فأباه فلا يجبر عليه، و لو بنى[5] الطالب لا يكون متبرعا، بل يأخذ حصته منه[6]، أو يأخذ من أجرة الدار.

٩٢- زرع بين اثنين فأبى أحدهما أن يسقيه، يجبر[7] عليه، ولو سقى شريكه[8] يكون متبرعا.

٩٣- أهل قرية[9] غرمهم السلطان، إن كانت الغرامة لتحصين

---

[1] - كذا في الهداية مع تكملة فتح القدير ٤٧١/٩، ومجمع الأنهر ٢/ ٤٩٨ .

[2] - وفي (م) : "ثم يشتركا".

[3] - كذا في الهندية معزيا إلى التبيين (٢٣٠/٥، دار الفكر) والهداية مع تكملة الفتح ٤٧٢/٩.

[4] - سقط في (ن، ع): "دار".

[5] - وفي (ن، ع): "نهى".

[6] - وفي (ن، ع): "فيه".

[7] - وفي (م): "لا يجبر".

[8] - سقط في (ن، ع): "شريكه".

[9] - وفي (ن، ع): "قرية أهلها غرمهم السلطان".

أموالهم فهو على قدر أملاكهم، وإن كانت لتحصين الرؤس فهو على عدد الرؤس، ولا يدخل فيه الصبيان والنسوان[1].

[1] – وقال في لسان الحكام عن الذخيرة: سئل أبو جعفر عن سلطان غرم أهل قرية، فأراد قسمة تلك الغرامة، واختلفوا فيما بينهم (فقال) قال بعضهم: تقسم على قدر الأملاك، وقال بعضهم: تقسم ذلك على عدد الرؤوس، وقال بعضهم: إن كانت الغرامة لتحصين أملاكهم تقسم على قدر الأملاك، وإن كانت الغرامة لتحصين الأبدان تقسم ذلك على عدد الرؤوس، ولا شيء على النسوان والصبيان في ذلك لأنه لا يتعرض لهم، (لسان الحكام في هامش معين الحكام ص: ١٠٣).

# كتاب الشهادة

٩٤- كل شهادة إخبار، وليس كل إخبار بشهادة، لأن في الشهادة عدد، ولفظ اليمين.

٩٥- فالحاصل أنها أقسام[١]:

١- في شهادة الحدود: العدد، والعدالة، والذكورة، ولفظ الشهادة شرط.

٢- وفي المعاملات [الملزمات كالبيع والشراء: العدد، والعدالة، ولفظ الشهادة شرط، والذكورة][٢] ليست بشرط، وفي غير الملزمات منها كالمضاربات والوكالات: العدد، والعدالة، ولفظ الشهادة شرط، والذكورة ليست بشرط.

٣- وفي الديانات مثل طهارة الماء ونجاسته، وفي نقل الأخبار: العدد، ولفظ الشهادة ليست بشرط، وإنما العدالة فيه شرط.

٤- وفي انعقاد النكاح العدد [شرط والعدالة ليست][٣] بشرط.

٩٦- الشهادة هو الإخبار بصحة الشيء عن مشاهدة وعيان، لا

---

[١] - انظر للتفصيل: الهداية مع فتح القدير ٧/٣٤٣-٣٥٠، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان، والبحر الرائق٧/ ٥٦ .

[٢] - ما بين القوسين ساقط في (م).

[٣] - ما بين القوسين ساقط في (م).

عن تخمين وحسبان[1]، فمن حيث أن السبب تحقق له مشاهدة[2] تسمى الأداء به شهادة، وإليه أشار النبي -ﷺ- في قوله للشاهد[3]: "إن رأيت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع".

٩٧- فالحاصل أن المقصود منها حصول علم القاضي بغالب الظن أن جهة الصدق راجحة على جهة الكذب، إذا كانت الشهود عدولا؛ لأن عقلهم و دينهم يزجرهم عن الكذب والعصيان، وهواهم يدعوهم إليها، فبعدالتهم سقط اعتبار الكذب عنهم بخلاف شهادة الفاسق.

٩٨- لا بأس للرجل أن يحترز عن تحمل الشهادة إذا وجد غيره للإشهاد، وإن لم يجد لا يسعه الامتناع عنه[4].

---

[1] - قال في معين الحكام: أما حد الشهادة فهو إخبار يتعلق بمعين، وبقيد التعيين يفارق الرواية، وفي مجمل اللغة: الشهادة الخبر بما شهد، سمي شهادة، لأن به يقع البيان والإظهار؛ لأن المدعي يظهر عند القاضي بالشهادة أنه يثبت بها؛ لأن الثبوت كان بسبب سابق على الشهادة، (معين الحكام: ٧٩).

[2] - وفي (ن، ع): "يحقق له بمشاهدة".

[3] - "للشاهد" ساقط في (ن،ع): والحديث أخرجه البيهقي في سننه، والحاكم في المستدرك في كتاب الأحكام عن ابن عباس أن رجلاً سأل النبي -ﷺ- عن الشهادة فقال: "هل ترى الشمس؟ قال: نعم، قال: على مثلها فاشهد، أودع" قال الحاكم صحيح الإسناد ولم يخرجاه وتعقبه الذهبي فقال: هو حديث واه، قال الزيلعي: رواه ابن عدي في الكامل والعقيلي في كتابه وأعلاه بمحمد بن سليمان بن مشمول (نصب الراية ١٧١/٤، باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

[4] - كذا في مجمع الأنهر وملتقى الأبحر ١٨٥/٢.

٩٩- وإن تحمل ثم طلب منه الأداء، إن كان في الصك ممن تقبل شهادتهم، يسعه أن يمتنع منه.

١٠٠- وكذا لو خاف على نفسه من جور جابر[١] أو غيره أو لم يذكر الشهادة على وجهها، أو كان أشهد على باطل فله أن يمتنع منه، وإن لم يكن سواه، أو كان ولكن هو ممن أسرع[٢] شهادته قبولا لا يسعه الامتناع منه[٣]، لقوله تعالى: ﴿ولا يأبى الشهداء إذا ما دعوا﴾[٤] وقوله تعالى: ﴿ولا تكتموالشهادة﴾[٥] [ولأن فيه تضييع حق الغير، فإنه آثم قبله، وإثم القلب أعظم من إثم الجوارح، ألا ترى أن أصل الحسنات الإيمان، وأصل السيئات الكفر، وهما من أفعال القلب لا من الجوارح فإذا فسد القلب لا بد أن يفسد الجوارح][٦].

١٠١- ولا تقبل الشهادة بدون الدعوى؛ لأن بناء الشهادة على الدعوى، والشاهد يثبت قول المدعي وبها يغلب الظن على صدقه، ولأن طلب المدعي شرط في الشهادة؛ لأنه حقه فيتوقف على طلبه، إلا في

---

[١] - وفي (ن، ع): "على نفسه جور جائر".

[٢] - وفي (ن، ع): "أشرع".

[٣] - ر: فتح القدير٧/ ٣٤٠.

[٤] - البقرة:٢٨٢.

[٥] - البقرة:٢٨٣.

[٦] - قد وقع هنا التقديم والتاخير، لأن الفقرة المكتوبة فيما بين القوسين هنا قد أتت في نسخة (م) في الصفحة الآتية تحت رقم المادة ١٠٢، بعد قوله: "أن يرفعها إلى قاض عدل"، وهو لا ينسجم ما قبله، وهو دليل حرمة كتمان الشهادة ولذا قدمناه هنا لتتضح العبارة.

الطلاق البائن، وعتق الأمة[1] والوقف، فإنه تصح الشهادة بدون الدعوى[2].

١٠٢- وقال خلف بن أيوب لو رفعت الخصومة إلى قاض غير عدل فللشاهد أن يكتم الشهادة إلى أن يرفعها إلى قاض عدل[3].

١٠٣- والشاهد إذا أمكنه الرجوع إلى أهله في يومه لا يسعه الامتناع من الأداء، وإن كان له قوة المشي، أو كان له مال، فاستأجر المشهود له دابة فمشى و شهد لا تقبل شهادته، بخلاف ما لو أكل طعامه في الطريق.

١٠٤- وفي الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر والإظهار؛ لأنه بين حسبتين: إقامة الحدود، والتوقي عن الهتك، والستر أفضل[4]، لقوله عليه السلام للشاهد: "لو سترت بثوبك[5] لكان خيراً لك[6]" إلا أن يشهد

---

[1] - وفي (ن، ع): "أمة" بدون "ال".

[2] - ر: البحر الرائق ٥٨/٧.

[3] - وقال في الهندية: سئل خلف عمن له شهادة، ووقعت الخصومة عند قاض غير عدل، هل يسعه أن يكتم الشهادة حتى يشهد عند قاض عدل؟ قال: له ذلك، كذا في الظهيرية (الهندية ٤٥٢/٣، دار الفكر).

[4] - ر: الدر المختار مع الرد ٩٠/١١، و مجمع الأنهر ١٨٦/٢، والهداية مع الفتح ٣٤٠/٧، ٣٤١ .

[5] - "بثوبك" ساقط في (ن، ع).

[6] - روى نحوه عبد الرزاق في "مصنفه" ولفظه أن النبي -ﷺ- قال لهزال: "لو سترته بثوبك كان خيراً لك"، وذكره الزيلعي في نصب الراية ١٥٩/٤، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان.

بالمال[1] في السرقة[2]، فيقول: أخذ، إحياءً لحق المسروق منه، ولا يقول: سرق، محافظةً على الستر؛ ولأنه لوظهرت السرقة لوجب القطع، والقطع[3] والضمان لا يجتمعان[4]، فلا يحصل إحياء حقه.

١٠٥- ولا تقبل شهادة النساء مع الرجال في الحدود والقصاص لما فيه من شبهة البدلية، فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات، وما سوى ذلك تقبل[5] فيها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، ولا تقبل فيها شهادة الفرد من النساء لإطلاق قوله تعالى: ﴿فاستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم

---

[1] - استدراك من قوله: "في الحدود يخير" إذ قد يتوهم منه أنه لا يشهد في السرقة مطلقاً لاستلزامه الحد فقال: إلا أن يشهد بالمال إحياء لحق مالكه على وجه لا يوجب الحد فيقول: أخذ المال ولا يقول: سرق، فإن الأخذ أعم من كونه غصباً أو على ادعاء أنه ملكه مودعا عند المأخوذ منه وغير ذلك، فلا تستلزم الشهادة بالأخذ مطلقاً ثبوت الحد بها مع أن فيه مصلحة للمسروق منه، لأنه إذا قال: سرق فثبتت السرقة ووجب القطع وبه ينتفي ضمن المال إن كان أتلفه (حاشية جلبي وفتح القدير ٣٤٢/٧، ٣٤٣، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[2] - وفي (ن، ع): "شهد".

[3] - "القطع" ساقط في (ن).

[4] - قال في العناية: ولأنه بين أمرين لا يجتمعان القطع والضمان، وأحدهما حق الله تعالى، والآخر حق العبد، والستر الكلي إبطال لهما، وفيه تضييع حق العبد فلا يجوز، والإقدام على إظهار السرقة ترجيح حق الله الغني على حق العبد المحتاج وهو لا يجوز، فتعين الشهادة على المال دون السرقة، (العناية في هامش الفتح ٣٤٤/٧، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[5] - وفي النسخ الثلاث: "يقبل".

يكونا رجلين فرجل وامرأتان﴾[1] سواء كان مالاً أو غير مال مثل النكاح، والطلاق، والوصية، وقال الشافعي رحمه الله: لا تقبل شهادة النساء مع الرجال[2]، إلا في الأموال وتوابعها[3]؛ لأن الأصل فيها عدم القبول لنقصان العقل، واختلال الضبط، وغلبة النسيان، وقصور الولاية[4]، ولهذا قامت البينات منها مقام رجل واحد، وإليه أشار قوله تعالى: ﴿أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى﴾[5] إلا أنها قبلت في الأموال ضرورة، والنكاح أعظم خطراً[6]، وأقل وقوعاً، فلا يلحق بما هو أكثر وقوعاً.

ولنا أن الأصل فيها القبول لوجود أهلية الشهادة، وهي المشاهدة

---

[1] – البقرة: ٢٨٢.

[2] – قال في كتاب الأم: لا تجوز شهادة النساء إلا في موضعين، في مال يجب للرجل على الرجل، فلا يجوز من شهادتهن شيء وإن كثرن، إلا ومعهن رجل شاهد، ولا يجوز منهن أقل من إثنتين مع الرجل فصاعداً، (كتاب الأم ٤٧/٧، دار المعرفة بيروت – لبنان).

[3] – قال الإمام النووي: "وما ليس بمال، ولا المقصود منه المال، ويطلع عليه الرجال كالنكاح والرجعة، والطلاق، والعتاق، والوكالة، والوصية... سوى حد الزنا لا يثبت إلا بشاهدين ذكرين لقوله عز وجل في الرجعة: ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾ ولما روى ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي –ﷺ– قال: "لا نكاح إلا بولي وبشاهدي عدل" (المجموع شرح المهذب ٩١/٢٣، دار إحياء التراث العربي بيروت – لبنان).

[4] – ر: الهندية مع الفتح: ٧/ ٣٤٤،٣٤٥، ومجمع الأنهر ١٨٧/٢، ١٨٨.

[5] – البقرة:٢٨٢.

[6] – سقط في (ن، ع): "أعظم خطراً".

عياناً وبه يحصل العلم[1] لها، ويبقى العلم بضبطها، ولهذا يقبل إخبارها في الأخبار، وانجبر[2] نقصان الضبط بضم الأخرى إليها، فيحصل العلم للقاضي بإخبارها وهو المقصود بها[3].

١٠٦- وشهادة النساء مقبولة فيما لا يطلع عليه الرجال كالولادة والبكارة، والعيوب بالنساء، تقبل فيها شهادة امرأة واحدة، والاثنتان[4]، والثلاث فيها أحوط[5] لما فيها من إلزام، وقال الشافعي رحمه الله: لا تقبل إلا الأربع منهن[6].

١٠٧- وفي استهلال الصبي في حق الصلاة تقبل؛ لأنها من أمور الدين، وفي حق الإرث لا تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه يطلع عليه الرجال[7].

---

[1] - زاد في (ن، ع): "للقاضي".

[2] - وفي (ن، ع): "يجبر".

[3] - انظر للتفصيل:الهداية مع الفتح ٣٤٤/٧،٣٤٥.

[4] - وفي (م): "الاثنتا" ر: الهداية مع فتح القدير ٣٤٥/٧، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان.

[5] - وفي (ن، ع): "أحفظ".

[6] - قال في كتابه الأم: الموضع الثاني حيث لا يرى الرجل من عورات النساء، فإنهن يجزن فيه منفردات، ولا يجوز منهن أقل من أربع إذا انفردن قياساً على حكم الله تعالى فيهن، لأنه جعل اثنين تقومان مع رجل مقام رجل، وجعل الشهادة شاهدين أو شاهداً وامرأتين، فإن انفردن فمقام شاهدين أربع، (كتاب الأم ٤٨/٧، شهادة الصبيان).

[7] - وعندهما تقبل في حق الإرث أيضاً، لأنه صوت عند الولادة، ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة (الهداية مع فتح القدير

١٠٨- والشهادة على النفي لا تقبل؛ لأن الشهادة إنما شرعت للإثبات لا للنفي؛ لأن[1] فراغ الذمة أصل فلا يحتاج إلى دليل آخر، بخلاف اليمين فإنها شرعت للنفي.

١٠٩- وأما في الإخبار[2] المثبت أولى من النفي أيضاً؛ لأن المثبت أخبر عن علم ودليل، والنافي أخبر عن ظاهر الحال، وهو إخبار عن جهل نفسه، والصحيح أن الترجيح لا يعتبر بالإثبات ولا بالنفي عند المعارضة، ويدل عليه قول محمد رحمه الله، وهو ما روي عنه أن واحداً لو أخبر بطهارة الماء، واثنان بنجاسته أو على عكسه قال: نأخذ بقول الإثنين، فاعتبر العدد ولم يعتبر النفي والإثبات.

ولو استويا لا تقبل الأخبار و إنما تعتبر[3] الطهارة الأصلية.

١١٠- ولا بد في ذلك كله من العدالة ولفظ الشهادة، فإن قال: أعلم أو أتيقن لم يقبل، لأن في لفظ الشهادة زيادة توكيد؛ لأنها من ألفاظ اليمين، فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة[4] أشد، والعدالة ظاهرا فيها شرط لقوله تعالى: ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾[5] وعن أبي يوسف رحمه

---

٣٤٨/٧، دار الكتب العلمية بيروت)، وبقولهما قال الشافعي، ومالك، وأحمد، وهو الأرجح (مجمع الأنهر ١٨٧/٢، دار إحياء التراث العربي).

[1] - وفي (ن،ع): "لأنه".

[2] - زاد في (ن، ع): "قيل".

[3] - وفي النسخ الثلاث: "يعتبر".

[4] - وفي (م): "اللفظ".

[5] - الطلاق:٢.

الله: إذا كان الفاسق[١] وجيهاً في الناس، ذا مروءة تقبل شهادته؛ لأنــه لا يستأجر[٢] لوجاهته ولا يكذب لمروءته، ولهذا لو قضى بــشهادته ينفــذ قضاؤه عندنا[٣].

١١١- وكذا تقبل شهادة العمال، أراد به أعوان السلطان عنده لهذا المعنى[٤].

١١٢- وإن كان الشاهد في الظاهر عدلاً[٥] وفي السر فاسقاً تجوز[٦] شهادته، ولا يحل له أن يذكر فسقه؛ لأنه هتك الستر وأنه لا يجوز[٧]، ولكن إذا سأله القاضي يسكت فترد شهادته[٨].

---

[١] - "الفاسق" ساقط في (ن،ع).

[٢] - وفي (ع): "لا يتجرى". وفي (ن) ساقط، وفي (م): "يستجري" والصواب ما كتبناه.

[٣] - وفي الدر المختار: فلو قضى بشهادة فاسق نفذ وأثم، ونقل ابن عابدين عن جامع الفتاوى: فإن تحرى القاضي الصدق في شهادته تقبل وإلا فلا (الدر المختار مع رد المحتار ١٧٨/٨، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

[٤] - وفي (ن، ع): "المعين" بدل "المعنى".

[٥] - "عدلاً" ساقط في (ن).

[٦] - وفي النسخ الثلاث: "يجوز". والصحيح ما كتبناه.

[٧] - "لا" ساقط في (ن، ع).

[٨] - قال ابن نجيم في البحر تحت قوله: "ولا تقبل شهادة مدمن الشرب على اللهو" إذا كان في الظاهر عدلا وفي السر فاسقا فأراد القاضي أن يقضي بشهادته لا يحل له أن يذكر فسقه، لأنه هتك السر وإبطال حق المدعي (البحــر الرائــق ٨٧/٧، دار المعرفة).

١١٣- والفاسق إذا تاب تقبل شهادته إذا ظهر أثر[١] التوبة في وجهه، وقيل: لا تقبل ما لم يمض بعد التوبة ستة أشهر، وقيل: سنة.

١١٤- ولا تقبل شهادة المحدود في القذف[٢] عندنا وإن تاب للنص[٣]، ولأن الرد من تمام الحد، وبالتوبة لا يرتفع، بخلاف ما لو أسلم[٤]، لأنه حدثت له شهادة أخرى، و تمامه يعرف في موضعه.

١١٥- قال أبو حنيفة رحمه الله: يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم، ولا يسأل عن حاله حتى يطعن الخصم فيه، لقوله عليه السلام: "المسلمون عدول بعضهم على بعض"[٥] ولأن الظاهر هو

---

[١] - "أثر" ساقط في (ن).

[٢] - الصحيح من المذهب عندنا أنه إذا أقام أربعة من الشهداء على صدق مقالته بعد إقامة الحد عليه تقبل، ويصير هو مقبول الشهادة، كذا في المبسوط (الهندية ٤٦٨/٣)، وعند الشافعي رحمه الله تقبل شهادته، وهو يقول: "من قذف مسلماً حددناه أو لم نحدده، لم نقبل شهادته حتى يتوب، فإذا تاب قبلنا شهادته" (كتاب الأم ٢٠٩/٦)، وبه قال مالك وأحمد (فتح القدير ٣٧٥/٧، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

[٣] - أي قوله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلـــدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون﴾ (سورة النور: ٤).

[٤] - وأما إذا كان القذف في حالة الكفر وحد في حالة الإسلام بطلت شهادته على التأبيد، ولو حصل بعض الحد في حالة الكفر وبعضه في حالة الإسلام ففي ظاهر الرواية لا تبطل شهادته على التأبيد، حتى لو تاب تقبل وهو الصحيح (انظر الهندية ٤٦٨/٣، دار الفكر).

[٥] - أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه: قال رسول الله -ﷺ-: المسلمون عدول

الانزجار عما هو محرم في دينه، والظاهر يكفي لها إلا في الحدود والقصاص، وقالا: لا بد من أن يسأل عن حاله في السر والعلانية في سائر الحقوق أيضاً[1]، وهذا اختلاف عصر وزمان[2]، لا اختلاف حجة وبرهان، والفتوى على قولهما[3].

١١٦- ثم التزكية[4] قيل: في زماننا يكفي بالسر تحرزاً عن الفتنة، وتزكية العلانية فتنة.

١١٧- والتزكية في السر وهو أن يبعث رقعة مستورة إلى المعدل، فيها مذكور نسبه وحليته، ويرد المعدل ذلك في السر أيضاً.

---

بعضهم على بعض إلا محدوداً في فرية (المصنف لابن أبي شيبة، تحقيق محمد عوامة ٦٤١/١٠، كتاب البيوع والأقضية، رقم الحديث: ٢١٠٤٢). ومثل ذلك عن عمر رضي الله عنه قال في كتابه الذي كتبه لأبي موسى الأشعري: "المسلمون عدول بعضهم على بعض، إلا محدوداً في حد، أو مجرباً في شهادة زور، أو ظنيناً في ولاء أو قرابة" (نصب الراية ١٦٧/٤، كتاب الشهادات، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

[1] - وبه قال الشافعي، وأحمد، وقال مالك رحمهم الله: من كان مشهوراً بالعدالة لا يسأل عنه، ومن عرف جرحه ردت شهادته، وإنما يسأل إذا شك (انظر: فتح القدير: ٣٥٢/٧، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

[2] - ذلك لأن الغالب في زمان أبي حنيفة الصلاح بخلاف زمانهما.

[3] - كذا في الهداية (الهداية مع فتح القدير ٣٥٢/٧، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان.

[4] - وفي (ن،ع): "تزكية"، بدون "ال".

١١٨- والعلانية[١] وهو أن يجمع المعدل والشاهد فيقول هو عدل جائز الشهادة، فإذا سأل القاضي عن المزكي، فقال: هم عدول، يكفى، وقيل: هو يقول: لا أعلم منهم إلا خيرا، أو قال: لا بأس به، وقيل: يقول: هو عندي مرضي القول، جائز الشهادة، هذا إذا عرف حاله، أما إذا لم يعرف يسكت كيلا يكون إخباره عن جهل.

١١٩- ولو عرف فيه ما تسقط شهادته أمسك عن الإفصاح[٢]، لأنه هتك الستر وإنه حرام، و لكن يقول: والله أعلم أنه مجروح أم لا، فإذا ثبت الطعن عنده، يقول القاضي للمدعي: زد في شهودك، ولا يقول[٣]: هو مطعون، والاستقضاء فيه مبالغة تضييق[٤] الأمر عليه[٥].

---

[١] - قال في الفتح: وأما العلانية، فلابد أن يجمع بين الشاهد والمعدل لتنتفي شبهة تعديل المعدل لغير هذا الشاهد المسؤل عنه القاضي، إذ قد يتفق اسم وشهرة، وصفة لاثنين، وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الأول، لأنهم كان يغلب عليهم الصبر للحق، ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا لغلبة النفوس فيه فيوجب الفتنة، وقد روي عن محمد أنه قال: تزكية العلانية بلاء وفتنة (فتح القدير: ٣٥٤/٧، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

[٢] - وفي (ن،ع): "الإيضاح".

[٣] - وفي (م): "تقول"، وهو خطأ.

[٤] - وفي (م): "يضيق".

[٥] - نقل ابن الهمام عن فتاوى قاضيخان: إن عرف فسقه لا يكتب تحت اسمه ذلك بل يسكت احترازاً عن الهتك، أو يقول: الله أعلم، إلا إذا خاف أن يقضي القاضي بشهادته فيصرح حينئذ بذلك، (فتح القدير ٣٥٤/٧، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

# فصل فيما يتحمله الشاهد[1]

١٢٠- وما يتحمله الشاهد على نوعين:أحدهما يثبت الحكم بنفسه[2] مثل البيع، والإقرار، والقتل، وحكم الحاكم، يجوز أن يشهد به فيها بالسماع من غير استشهاد؛ لأن الأداء واجب عليه بسبب، وهو إما بالرؤية أو بالسماع، وهذا يكفي، لقوله تعالى[3]: ﴿إلا من شهد بالحق وهم يعلمون﴾[4].

١٢١- ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له أن يشهد[5]، وإن

---

[1] - ساقط في (م): "في ما يتحمله الشاهد".

[2] - أي ما لا يحتاج إلى الإشهاد، بل يجوز للشاهد أن يشهد بلا إشهاد، فإذا سمع الشاهد ما كان من المسموعات كالبيع والإقرار وحكم الحاكم أو رأى ما كان من المبصرات كالغصب والقتل جاز له أن يشهد به وإن لم يشهد عليه، لأنه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الحادثة بما يوجبه، وكل من علم ذلك جاز له الأداء بوجود ما هو الركن في جواز الأداء (العناية مع فتح القدير ٣٥٧/٧، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[3] - وفي (م): "كقوله تعالى".

[4] - الزخرف: ٨٦.

[5] - لأن النغمة تشبه النغمة فلم يحصل العلم، إلا إذا كان دخل البيت، وعلم الشاهد أنه ليس فيه أحد سواه، ثم جلس على الباب، وليس في البيت مسلك غيره، فسمع إقرار الداخل ولا يراه، له أن يشهد لأنه يحصل به العلم في هذه الصورة، وينبغي للقاضي إذا فسر له لا يقبله (انظر: الهندية ٤٥٢/٣، دار الفكر، الهداية مع الفتح ٣٥٩/٧، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

شهد ثم فسره لا تقبل[1].

١٢٢- ومنه[2] ما لا يثبت حكمه إلا بالإشهاد مثل الشهادة على الشهادة؛ لأنه نقل و تحميل، فلا بد من الإنابة[3].

١٢٣- ولا يحل للشاهد، إذا رأى خطه في الصك ولم يتذكر الحادثة، أن يشهد به؛ لأن الخط يشبه الخط، و كذا في رواية الأخبار؛ لأن حفظه من حين سمع[4] إلى أن يروي شرط فيه، ولا خلاف في هاتين المسئلتين، وإنما الخلاف فيما إذا رأى القاضي حكمه أو شهادته في ديوانه[5] وهو لم يذكر القضية لا يمنع عند البعض؛ لأن ما في قمطرته

---

[1] - وفي (ن، ع): "لا يقبله" مكان "لا تقبل".

[2] - أي النوع الثاني من الشهادة.

[3] - فإذا سمع شاهداً يشهد بشيء لم يجز أن يشهد على شهادته إلا أن يشهده ذلك الشاهد على شهادة نفسه، لأن الشهادة غير موجبة بنفسها بل بالنقل إلى مجلس القضاء فلا بد من الإنابة والتحميل (فتح القدير ٣٥٩/٧، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

[4] - وفي (ن، ع): "يسمع" مكان "سمع".

[5] - يعني رأى القاضي في ديوانه شهادة شهود أديت عنده ولم يتصل بها حكم ثم جاء المشهود له وطلب حكم القاضي، والقاضي لا يتذكر أنه شهد عنده شهود بذلك لم يجز له أن يحكم عند أبي حنيفة وبه قال الشافعي، وعندهما إذا وجده في قمطرته تحت خاتمه يجوز أن يقضي به، وبه قال مالك، وأحمد في رواية، وكذا إذا رأى قضيته وحكمه مكتوباً في خريطته أي قمطرته، ولم يتذكر أنه حكم فهو على هذا الخلاف فإن أبا حنيفة لا يرى جواز الحكم بذلك وهما جوزاه، لأن القاضي لكثرة أشغاله يعجز عن أن يحفظ كل حادثة، ولهذا

تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان والتغيير، فحصل له العلم به، بخلاف الصك.

١٢٤- والشهادة على التسامع في الموت، والنسب، والدخول، وولاية القاضي جاز استحساناً، والقياس أن لا تجوز؛ لأن الشهادة مشتقة من المشاهدة، وبذلك يحصل العلم[1] ولم يوجد، إلا أنه يجوز استحساناً[2]، دفعاً للحرج و صيانةً عن تعطيل الأحكام.

١٢٥- و إنما يجوز ذلك إذا أخبره من يثق به، والعدد والعدالة في

---

يكتب وإنما يحصل المقصود بالكتاب إذ جاز له الاعتماد عليه عند النسيان الذي ليس يمكن التحرز عنه بخلاف الصك لأنه في يد غيره (فتح القدير ٣٦٠/٧، ٣٦١، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

[1] - "العلم" ساقط في (ن).

[2] - وجه الاستحسان أن العادة جارية بذلك، وذلك بسبب أنه لا طريق إلى معرفة هذه الأشياء سوى الخبر، إذ لم تجر العادة بحضور الناس الولادة، وإنما يرون الولد مع أمه، أو مرضعته، وينسبونه إلى الزوج، فيقولون: هذا ابن فلان، وكذا عند الموت لا يحضره غالباً إلا الأقارب، فإذا رأوا الجنازة، والدفن حكموا بموت فلان، وكذا النكاح لا يحضره كل أحد، وإنما يخبر بعضهم بعضاً أن فلاناً تزوج فلانة، وكذا الدخول لا يعلم إلا بأمارات فإن الوطء لا يشاهد، وكذا ولاية السلطان للقاضي لا يحضرها إلا الخواص... إذا كانت العادة أن علم هذه الأشياء غالبا لا يحصل إلا لبعض أفراد، وأن الناس يعتمدون فيه على الخبر، كان الخبر مسوغاً للشهادة، وإلا ضاعت حقوق عظيمة كالنسب، والنكاح، والإرث، والموت، (فتح القدير ٣٦٣/٧، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

الذى أخبره شرط، وقيل: في الموت العدد ليس بشرط، حتى لو أخبره واحد بموته يكفيه؛ لأن الإنسان يهابه ويكرهه، فاشتراط العدد فيه حرج.

١٢٦- وينبغي للشاهد أن يطلقه ولا يفسره، ولو فسره[١] لا يقبل، كما في الأملاك المرسلة.

١٢٧- ولو شهد أنه شهد دفن فلان أو صلاة جنازته تقبل[٢]، و لو فسره لا تقبل[٣].

١٢٨- وكذا لو رأى أن رجلا و امرأة يسكنان في بيت و ينبسط كل واحد منهما انبساط الأزواج يجوز أن يشهد على النكاح.

١٢٩- وكذا في الوقف تجوز الشهادة بالتسامع عند محمد رحمه الله[٤]،

---

[١] - أي ينبغي للشاهد أن يطلق أداء الشهادة فيشهد أنه ابنه أو أمير أو قاض، أما إذا فسر للقاضي أنه شهد عن تسامع بين الناس لم تقبل شهادته، كما أنه إذا شهد بالملك لمعاينة اليد حل له وتقبل ولو فسر فقال: لأني رأيتها في يده في وقت من الأوقات لا تقبل (فتح القدير ٣٦٣/٧، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[٢] - وفي (ن، ع): "يقبل، ولو فسره لا يقبل".

[٣] - كذا في (م)، وقال في الهداية: ومن شهد أنه شهد دفن فلان، أو صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبله، (الهداية ١٥٩/٣).

[٤] - اختلف المشايخ في مسألة الوقف، فقال بعضهم: تحل، وقال بعضهم: لا تحل، ومنهم من قال: تجوز على أصل الوقف بالتسامع، لا على شرائطه، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي وقد صححه صاحب الهداية حيث قال: "أما الوقف فالصحيح أنه تقبل الشهادة بالتسامع في أصله دون شرائطه"، وفي

وهو قول الشافعي رحمه الله[1]، و اختاره بعض المتأخرين.

١٣٠- و إذا شهد رجلان على رجل أنه أعتق أحد عبديه[2] لا يصح عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن الدعوى شرط فيه عنده، و كذا في إحدى[3] أمتيه. بخلاف ما إذا شهد أنه طلق إحدى نسائه حيث يقبل؛ لأن الدعوى ليس بشرط.

١٣١- ومن كان له[4] في يد آخر شيء[5] سوى العبد والأمة يسع أن يشهد به أنه له[6]، إذا وقع في قلبه ذلك؛ لأن اليد دليل الملك ظاهراً، وقال

---

الأصل صورته: أن يشهدوا بالتسامع أنها وقف على المسجد، أو على المقبرة، ولا بد من بيان الجهة أنه وقف على المسجد أو المقبرة وما أشبه ذلك، حتى لو لم يذكر ذلك لا تقبل شهادته، (انظر: الفتح ٣٩٢/٧-٣٩٣، الهداية ١٥٩/٣-١٦٠، والهندية ٤٥٨/٣).

[1] - انظر: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي ٣١٩/٨.

[2] - قال شمس الأئمة السرخسي: الشهادة على العتق بالتسامع لا تقبل بالإجماع (العناية على هامش الفتح ٣٦٥/٧، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

[3] - وفي (م): "أحد أمتيه".

[4] - "له" ساقط في (م).

[5] - صورتها: رأى عينا سوى ما استثناه في يد إنسان، ثم رآها في يد غيره، والأول يدعي عليه الملك، وسعه أن يشهد للمدعي، لأن الملك يعرف بالظاهر، واليد بلا منازع دليل ظاهر فيه، ولا دليل سواه، لأن غاية ما يمكن فيه أن يعاين سبب الملك من الشراء، والهبة، وموت المورث، وشيء من هذه الأسباب لا يفيد ملك الثاني حتى يكون ملك الأول (انظر: فتح القدير ٣٦٧/٧، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

[6] - "له" ساقط في (ن، ع).

الشافعي رحمه الله: اليد مع التصرف دليل الملك، وبه قال بعض مشايخنا رحمهم الله أيضاً[1]، بخلاف العبد والأمة[2] فإن لهما يد، ويدهما تدفع يد الغير.

١٣٢- رجل باع داراً[3] و كتب في الصك أنه بيع بات نافذ، وكتب الشاهد فيه شهادته بذلك، فهو تسليم منه، إلا إذا كتب الشهادة على إقرار المتعاقدين.

---

[1] - وهو الخصاف، وهو قول مالك أيضاً كما في فتح القدير ٣٦٨/٧، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان.

[2] - تقريره أن الرجل إذا رأى عبداً أو أمة في يد شخص فلا يخلو إما أن يعرف رقهما أو لا، فإن كان الأول حل له أن يشهد أنهما ملك من هما في يده، لأن الرقيق لا يكون في يد نفسه، وإن كان الثاني فإما أن يكونا صغيرين لا يعبران عن أنفسهما، أو كبيرين، فإن كان الأول فكذلك، لأنه لا يد لهما على أنفسهما، وإن كان الثاني وهو من يعبر عن نفسه عاقلاً غير بالغ كان أو بالغاً، فذلك مصرف الاستثناء بقوله "بخلاف العبد والأمة"، فإن اليد في ذلك لا تدل على الملك، لأنهما في أيدي أنفسهما، وذلك يدفع يد الغير عنهما حكماً حتى أن الصبي الذي يعقل إن أقر بالرق على نفسه لغيره جاز ويصنع به المقر له ما يصنع بمملوكه (العناية على هامش فتح القدير ٣٦٨/٧، ٣٦٩، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

[3] - "داراً" ساقط في (ن).

# فصل في من تقبل شهادته ومن لا تقبل

١٣٣- إعلم أن الشهود ثلاثة: شاهد له أهلية التحمل والأداء بصفة الكمال كالشاهد العدل، وشاهد له أهلية التحمل، ولكن أداءه يكون بصفة النقصان، وهو شهادة الفاسق، حتى لو جوز القاضي يجوز، وشاهد له أهلية التحمل دون الأداء، كالأعمى والمحدود في القذف، حتى ينعقد النكاح بحضرته[١]، ولا تقبل شهادتهم إذا تجاحد أحد الزوجين.

١٣٤- ولا تقبل شهادة الأعمى[٢]؛ لأنه لا يميز بين المدعي والمدعى عليه؛ لأن النغمة تشبه النغمة، وقال زفر رحمه الله: تقبل شهادته فيما يجري فيه التسامع، و قال أبو يوسف والشافعي رحمهما الله: تقبل إذا كان بصيراً وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة، والأداء يختص بالقول

---

[١]- وقال في الخانية: ولا ينعقد النكاح بحضرته، (الخانية على هامش الهندية ٢/٤٦٠).

[٢] - شهادة الأعمى باعتبار المشهود به على أنواع، ففي الحدود والقصاص لا تقبل شهادته بالاتفاق، وفيما يجري فيه التسامع تقبل عند زفر، وهو رواية عن أبي حنيفة، وهو قول الشافعي، ومالك، وأحمد، والنخعي، والحسن البصري، وسعيد بن جبير، والثوري، وكذا عند أبي يوسف، وأما فيما لا يجري فيه التسامع، فإن كان بصيراً وقت التحمل والمشهود به غير منقول تقبل عند أبي يوسف والشافعي، وأما إذا كان أعمى وقت التحمل لا تقبل بالإتفاق، (انظر: العناية مع فتح القدير ٧/٣٧٠، ٣٧١، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان، والهندية ٣/٤٦٥، دار الفكر).

ولسانه غير مؤف، والتعريف[1] يحصل بالنسبة كالشهادة على الميت[2].

١٣٥- ولو عمي بعد الأداء يمتنع القضاء [عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله؛ لأن قيام أهلية الشهادة شرط وقت القضاء][3]، كما إذا جن أو خرس أو فسق[4]، بخلاف ما إذا مات أو غاب، لأن أهلية الشهادة بالموت انتهت، وبالغيبة لا تبطل[5].

١٣٦- ولا تقبل شهادة الولد لوالده، ولا الوالد لولده، ولا المرأة لزوجها[6]، ولا الزوج لامرأته، هذا لفظ[7] الحديث[8].

---

[1] - وفي (ن،ع): "التعيين" مكان "التعريف".

[2] - أي إذا شهد على الميت بأن لفلان بن فلان عليه كذا من الدين فإنها تقبل بالإتفاق إذا ذكر نسبته (انظر: العناية هامش فتح القدير ٣٧١/٧، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

[3] - ما بين القوسين ساقط في (ن، ع).

[4] - أما وجه أبي حنيفة ومحمد فهو أن شرط القضاء قيام أهلية الشهادة وقت القضاء لصيرورة الشهادة حجة عنده ولا قيام بها بالعمى... والأمر الكلي في ذلك أن ما يمنع الأداء يمنع القضاء، لأن المقصود من الأداء القضاء، وهذه الأشياء تمنع الأداء بالإجماع فتمنع القضاء، والعمى الطارئ بعد التحمل يمنع الأداء عندهما فيمنع القضاء، وعند أبي يوسف لا يمنع الأداء فلا يمنع القضاء، (العناية هامش الفتح ٣٧١/٧، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

[5] - وفي النسخ الثلاث: "يبطل"، والصحيح ما كتبناه.

[6] - به قال مالك وأحمد، وقال ابن أبي ليلى، والثوري، والنخعي: لا تقبل شهادة الزوجة لزوجها لأن لها حقاً في ماله لوجوب نفقتها، وتقبل شهادة الزوج لها لعدم التهمة (فتح القدير ٣٧٨/٧، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

[7] - وفي (ن، ع): "ولا لفظاً" مكان "هذا لفظ"، وهو خطأ.

[8] - قال الزيلعي: غريب، وروى ابن أبي شيبة عن إبراهيم النخعي قال: لا تجوز

وفي شهادة أحد الزوجين للآخر[1] خلاف للشافعي رحمه الله[2].

١٣٧- وتقبل شهادة الأخ لأخيه وعمه[3].

١٣٨- ولا تقبل شهادة الأجير مشاهرة ومسانهة[4].

١٣٩- ولا تقبل شهادة مخنث[5] في الأفعال الردية، ولا تقبل شهادة

---

شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده، ولا المرأة لزوجها، ولا الزوج لامرأته، ولا العبد لسيده، ولا السيد لعبده، ولا الشريك لشريكه، ولا كل واحد منهما لصاحبه (المصنف لابن أبي شيبة ٥٣٢/٤، في شهادة الولد لوالده، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان)، وقال الزيلعي: قال في الخلاصة: رواه الخصاف بإسناده عن النبي -ﷺ- (نصب الراية ١٧٢/٤، باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[1] – "للآخر" ساقط في (ن، ع).

[2] – ر: الهداية مع الفتح ٧/ ٣٧٧، ونهاية المحتاج ٣٠٤/٨.

[3] – والأصل فيه: كل قرابة غير الولادة كالخال وغيره كالأخ تقبل فيه الشهادة (انظر: فتح القدير ٣٨٠/٧، دار الكتب العلمية).

[4] – وفي (ن) "مشابهة" مكان "مسانهة". وقال في القاموس: سانهه مسانهة وسناهاً، وساناه مساناة: عامله بالسنة، (انظر: القاموس المحيط:١٦١٠) اعلم أن الأجير على ثلاثة أنواع، الأول: شهادة الأجير لأستاذه وهو التلميذ الخاص الذي يأكل معه وليس له أجرة معلومة، فلا تجوز شهادته لأستاذه، الثاني: الأجير المشترك، فإذا شهد الأجير المشترك للمستأجر تقبل، والثالث: الأجير الوحد، وهو الذي استأجره مياومة، أو مشاهرة، أو مسانهة بأجرة معلومة لا تقبل شهادته استحساناً، (انظر: الهندية ٤٧٠/٣، دار الفكر للطباعة والنشر، والعناية مع فتح القدير ٣٧٨/٧، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[5] – من يتشبه بالنساء تعمداً لذلك في تزيينه وتكسير أعضائه وتليين كلامه كما هو

نائحة ولا مغنية؛ لأن النياحة والتغني[1] حرام ومعصية، هذا إذا كان للناس، و لهذا قيد في الكتاب للناس[2].

ولو يغني يسمع[3] نفسه ولم يسمع غيره لا بأس به، إن أراد به إزالة الوحشة[4].

---

صفتهن، فأما الذي في كلامه لين خلقة، وفي أعضائه تكسرخلقة فهو عدل مقبول الشهادة، (الهداية مع فتح القدير ٧/٣٨٠، ٣٨١، دار الكتب العلمية).

[1] – "والتغني" ساقط في (ن، ع).

[2] – المراد بالكتاب: القدوري، وفيه: "ولا تقبل شهادة مخنث، ولا نائحة، ولا مغنية... ولا من يغني للناس" (مختصر القدوري مع الجوهرة٢/٣٣١، مكتبة حقانية باكستان)، وقال أبوبكر الحداد: لا يقال في هذا تكرار، لأن المغنية مخصوص بالمرأة وهذا عام أو لأن الأول في التغني مطلقاً، وهذا في التغني للناس وقيد بالتغني للناس، لأنه إذا كان لا يغني لغيره ولكن يغني لنفسه أحياناً لإزالة الوحشة فلا بأس بذلك (المصدر السابق)، قال ابن نجيم: أطلق المغنية فشمل ما إذا كانت تغني وحدها، لأن رفع صوتها حرام بخلاف الرجل قيده بأن يغني للناس (البحر الرائق ٧/٨٥ دار المعرفة، رد المحتار ٨/٨٩٨، دار الكتب العلمية بيروت لبنان).

[3] – وفي (م): "ولو يغني فيسمع"، وفي (ن،ع): "ولو تغنى تسمع".

[4] – اعلم أن المشايخ في التغني على مذاهب، فمنهم من كره جميع ذلك، وبه أخذ شيخ الإسلام، ومنهم من قال: يجوز التغني لإسماع نفسه إذا لم يكن على سبيل اللهو، وقيل: لا يكره لاستماع الناس إذا كان في العرس والوليمة، وإن كان فيه نوع لهو بالنص في العرس، وأما إنشاد المباح من الأشعار فلا بأس به، ومن المباح أن يكون فيه صفة امرأة مرسلة، بخلاف ما إذا كانت بعينها حيةً... إلا أنا عرفنا من هذا أن التغني المحرم هو ما كان في اللفظ ما لا

١٤٠- ولا تقبل شهادة مدمن الشرب على اللهو، وهو الملازم عليه، وقيل: ما لم يظهره لا تسقط عدالته بأن لا يخرج سكران[١] ويلعب به الصبيان، وذكر في اليتيمة[٢] أن الإدمان في الخمر شرط؛ لأن قليله يوجب الحد[٣].

١٤١- وقال أبو يوسف رحمه الله: اتفق رأيي ورأي أبي حنيفة رحمه الله أن من قال بخلق القرآن فهو كافر لا تقبل شهادته.

---

يحل كصفة الذكر والمرأة المعينة الحية، ووصف الخمر المهيج إليها، والدويرات، والحانات، والهجاء لمسلم، أما إذا أراد إنشاد الشعر للاستشهاد به، أو لتعلم فصاحته، وبلاغته فلا بأس (انظر: فتح القدير ٣٨١/٧، ٣٨٢، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

[١] - وفي (م): "السكران".

[٢] - هكذا في (ن، ع): وفي (م): "التمة"، ولعله خطأ.

[٣] - أي لا تقبل شهادة المداوم على شرب ما لا يحل شربه فأطلق اللهو على المشروب، وظاهره أنه لا بد من الإدمان في حق الخمر أيضاً، وفي الخانية: إنما شرط الإدمان ليظهر ذلك عند الناس فإن من اتهم بشرب الخمر في بيته لا تبطل عدالته وإن كانت كبيرة، والتحقيق خلاف ذلك لأن الإدمان ليس بشرط في الخمر لأن شرب قطرة كبيرة منها وهي مسقطة للعدالة من غير إصرار، وإنما ذكر المشايخ الإدمان ليظهر شربه عند القاضي لا أنه شرط، وأما في غير الخمر فلا بد من الإدمان لأنه شربه صغيرة (كذا في البحر الرائق ٨٧/٧، دار المعرفة، وانظر أيضاً: الدر المختار مع رد المحتار ٢٠٧/٨، دار الكتب العلمية، وفتح القدير ٣٨٤/٧، دار الكتب العلمية).

١٤٢- ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف لظهور فسقه[١]، بخلاف من يكتمه.

١٤٣- ولا من يفعل الأفعال المستخفة[٢] كالبول والأكل على الطريق؛ لأنه لا يستحيي عن مثل هذا، فلا يمتنع عن الكذب.

١٤٤- وإن كانت الحسنات أكثر من السيئات، والرجل يجتنب الكبائر قبلت شهادته وإن ألمّ بمعصية،هذا هو الصحيح في حد العدالة[٣]، ولابد من توقي الكبائر كلها[٤].

١٤٥- ثم الكبيرة أن ما كان حراماً محضاً تسمى[٥] فاحشة في الشرع، كالزنا واللواطة وغيرها، أو شرع فيها عقوبة[٦] في الدنيا، أو وعيد في الآخرة بالنار كالسرقة، وأكل مال اليتيم، والربوا وغيره، وما سواها[٧] فهو صغيرة كالغمزة والقبلة وغيرها.

---

[١] - قيد بالإظهار حتى لو اعتقد ذلك ولم يظهره فهو عدل، قبلت شهادته، كذا في فتح القدير: ٤١٥/٧.

[٢] - وفي (ن، ع): "المستجفة"، وهو خطأ.

[٣] - وروي عن أبي يوسف: أن لا يأتي بكبيرة، ولا يصر على صغيرة ويكون ستره أكثر من هتكه، وصوابه أكثر من خطئه، ومروءته ظاهرة ويستعمل الصدق ويجتنب الكذب ديانة ومروءة (فتح القدير ٣٩٣/٧، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[٤] - كذا في الهداية (ر: الهداية مع الفتح ٧/ ٣٩٣).

[٥] - كذا في (ن، ع)، وفي الأصل: "يسمى" وهو خطأ.

[٦] - وفي (م): "عقوبته".

[٧] - كذا في (ن، ع)، "وما سواها" ساقط في (م).

١٤٦- ومجرد اللعب بالشطرنج لا يسقط عنه العدالة؛ لأنه مجتهد فيه، إلا أن يقامر به أو تفوته الصلاة بالاشتغال به.

١٤٧- وتقبل شهادة الأقلف[١] والخصي؛ لأنه لا يخل بالعدالة، وترك الختان بعد الكبر لا يكون رغبة عن السنة، بل هو لصيانة نفسه عن الهلاك[٢].

١٤٨- ولو شتم[٣] أهله ومماليكه بغير القذف أحياناً لا تسقط العدالة، والقذف يسقط العدالة[٤].

١٤٩- ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يعتبر في المعنى[٥]، حتى لو شهد أحدهما بالألف والآخر بالألفين لم تقبل عنده، وعندهما تقبل في الألف إذا كان المدعي

---

[١] - هو من لم يختن، انظر: القاموس المحيط: ١٠٩٤.

[٢] - كذا في الهداية (ر: الهداية مع الفتح ٧/ ٣٩٤).

[٣] - وفي (ن): "سم"، وهو تحريف.

[٤] - وفي الفتح: قال نصير بن يحيى: من يشتم أهله ومماليكه كثيرا في كل ساعة لا تقبل وان كان أحياناً تقبل (ر: ٧/ ٣٨٨) .

[٥] - الموافقة بين شهادة الشاهدين شرط قبولها كما كانت شرطا بين الدعوى والشهادة، ولكنهم اختلفوا في أنها شرط من حيث اللفظ والمعنى أو من حيث المعنى خاصة، فأما الموافقة من حيث المعنى فلا بد منها بلا خوف، واختلاف اللفظ من حيث الترادف لا يمنع بلا خلاف، ولهذا لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطية فهي مقبولة، وأما اختلافه بحيث يدل بعضه على مدلول البعض الآخر بالتضمن فقد نفاه أبوحنيفة وجوزاه (العناية مع فتح القدير ٧/٤٠٨، ٤٠٩، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

يدعي بألفين، وعلى هذا المأة والمأتان، والطلقة والطلقتان[1].

١٥٠- ولو شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمأة، قبلت في الألف بالاتفاق إذا كان المدعي يدعي ألفا وخمسمأة، ولو كان المدعي يدعي ألفا لم تقبل الشهادة[2] بالاتفاق[3].

١٥١- ولو شهدا في سرقة بقرة واختلفا في لونها[4] يقطع عند أبي حنيفة رحمه الله، ولو قال أحدهما: ثور، والآخر:[5] بقرة، لا يقطع عنده، وقالا: لا[6] يقطع في الوجهين كما لو اختلفا في الذكورة والأنوثة.

١٥٢- الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة[7]

---

[1] - أي على هذا لو شهد أحدهما بمائة، والآخر بمـائتين، أو بطلقـة وطلقتـين، وطلقة وثلاث، لا يقضى بطلاق أصلاً عنده، وعندهما يقضى بالأقل، (انظر: فتح القدير ٤٣٦/٧).

[2] - لأنه كذبه المدعي في المشهود به، (كذا في فتح القدير ٤٤٠/٧).

[3] - "بالاتفاق" ساقط في (ن، ع).

[4] - صورتها: ادعى على رجل أنه سرق بقرة، ولم يذكر لها لوناً، وأقـام بينـة، فشهد أحدهما بسرقته حمراء، والآخر سوداء، فقال أبو حنيفة: تقبل ويقطـع، وقال الصاحبان والأئمة الثلاثة: لا يقطع، ولو أن المسروق منه عـين لونـاً كحمراء، فقال أحدهما: سوداء، لم يقطع إجماعاً، لأنه كذب أحـد شـاهديه، (انظر: فتح القدير ٤١٦/٧، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

[5] - وفي (م): "والآخر قال".

[6] - "لا" ساقط في (ن).

[7] - فخرج ما يسقط بالشبهة كالحدود والقصاص، وجائزة في كل حق لا يـسقط بالشبهة، أي في الأقارير، والحقوق، وأقضية القضاة، وكتبهم، وكل شيء إلا

استحساناً[1] لوقوع الحاجة إليها بموت الأصول، وغيبتهم[2]، ومرضهم، إلا أن فيها شبهة من حيث البدلية[3] أو من حيث أن فيها زيادة احتمال[4]، فلا يجوز في الحدود والقصاص، ولا بد من التحميل[5] والتحمل؛ لأنه نيابة،

---

في الحدود والقصاص، أما في التعزير فروي عن محمد أنه يجوز في التعزير العفو والشهادة على الشهادة ، (انظر: الخانية على هامش الهندية ١٨٥/٢، وفتح القدير ٤٣١/٧، دار الكتب العلمية).

[1] - والقياس أن لا تجوز، لأن الشهادة عبادة بدنية، والنيابة لا تجري في العبادات البدنية، إلا أنهم تركوا القياس صيانةً للحقوق (انظر: فتح القدير ٤٣١/٧، دار الكتب العلمية).

[2] - قال في الهندية: هذا ظاهر الرواية، والفتوى عليه، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إن كان في مكان لو غدا لأداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت في أهله صح الإشهاد، وبه أخذ الفقيه أبو الليث، وكثير من مشايخنا أخذوا بهذه الرواية... وعليه الفتوى (الهندية ٥٢٤/٣، دار الفكر).

[3] - لأن البدل لا يصار إليه إلا عند العجز عن الأصل، وهذه كذلك، (العناية على هامش فتح القدير ٤٦٢/٧).

[4] - وفي (ن، ع): "أو فيها زيادة احتمال" يعني أن فيها شبهة من حيث أن فيها زيادة احتمال.

[5] - وهو أن يقول شاهد الأصل لشاهد الفرع: إشهد على شهادتي أني أشهد أن فلان بن فلان أقر عندي بكذا، وأشهدني على نفسه، لأن الفرع كالنائب عن الأصل فلا بد من التحمل والتوكيل ولا بد أن يشهد الأصل عند الفرع كما يشهد الأصل عند القاضي لينقله مثل ما سمعه، ولا يقول: إشهد على بذلك، كذا في فتح القدير والعناية ٧٣٥/٧، دار الكتب العلمية.

فلا بد من الالزام والالتزام كالتوكيل[1] وغيره[2].

١٥٣- وتجوز شهادة شاهدين فرعين على شهادة شاهدين أصلين، وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز إلا الأربع من الفرع على كل أصل إثنان.

١٥٤- قال أبو حنيفة رحمه الله في شاهد الزور[3]: أشهره في السوق ولا أعزره.

ثم تفسير التشهير منقول عن شريح رضي الله عنه فإنه كان يبعثه إلى أهل سوقه أو إلى قومه: أنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروا[4] الناس عنه.

وإن كان الإمام يرى التعزير أو الحبس لا بأس به على قدر ما يراه، وعندهما يعزر وهو قول الشافعي رحمه الله؛ لأنها كبيرة، وليس فيها حد مقدر[5] فيعزر[6]، روي عن عمر رضي الله عنه أنه ضربه،

---

[1] - وفي (ن، ع): "كالقول" تحريف.

[2] - كذا في البحر الرائق ٧/ ١٢٠.

[3] - أي هو الذي أقر على نفسه أنه شهد بالزور، أو شهد بقتل رجل فجاء حياً، (العناية هامش الفتح ٧/٤٧٥).

[4] - وفي (ن، ع): "حذور" تحريف.

[5] - وفي (ن، ع): "مقرر" مكان "مقدر".

[6] - قيل: إن المسألة على ثلاثة أوجه: إن رجع على سبيل الإصرار مثل أن يقول لهم: شهدت في هذه بالزور ولا أرجع عن مثل ذلك فإنه يعزر بالضرب بالاتفاق، وإن رجع على سبيل التوبة لا يعزر اتفاقاً، وإن كان لا يعرف حاله فعلى الاختلاف المذكور (فتح القدير ٧/٤٤٤، دار الكتب العلمية).

ولطخ[1] وجهه[2]، والحكم إنما يثبت بإقراره بذلك على نفسه، ولا طريق إلى إثباته بالبينة؛ لأنه يصير شهادة على النفي فلا تقبل، وكذا في رجوع الشهادة.

---

[1] – وفي (ن،ع): "لطم" مكان: "لطخ".

[2] – ذكره الزيلعي في نصب الراية ٨٨/٤ ونسبه لابن أبي شيبة في الحدود وكذا لعبد الرزاق في مصنفيهما.

# فصل في الرجوع عن الشهادة

١٥٥- ولا يصح الرجوع عن الشهادة إلا بحضرة الحاكم[١]؛ لأنه فسخ للشهادة، فيعتبر فيه ما يعتبر في الثبوت، كالإقالة في البيع.

١٥٦- فإن شهد شاهدان ثم رجعا قبل الحكم سقطت شهادتهما لتعذر الحكم بها، والحكم[٢] لا يقضى بالمتناقضة[٣].

١٥٧- وإن شهدا بشيء وحكم الحاكم به، ثم رجعا لم يفسخ الحكم به؛ لأن آخر كلامه يناقض أوله[٤]، وأوله ترجح[٥] باتصال القضاء به[٦]،

---

١ - سواء كان هو القاضي المشهود عنده، أو غيره، وزاد جماعة في صحة الرجوع أن يحكم القاضي برجوعهما ويضمنهما المال (فتح القدير ٤٤٦/٧، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

٢ - "والحكم" ساقط في (ن،ع).

٣ - وفي النسخ الثلاث: "المسافه"، والصواب ما كتبناه كما يظهر من عبارة الهداية: "القاضي لا يقضي بكلام متناقض" (انظر: الهداية ١٧٣/٣).

٤ - "أوله" ساقط في (ن،ع).

٥ - وفي (ن،ع): "يترجح".

٦ - أي إذا رجعوا قبل الحكم فلا ضمان عليهم، وإن رجعوا بعده لم يفسخ الحكم، لأن الثاني ليس أولى من كلامهم الأول، ولا الأول أولى من الثاني فتعارضا، ولا ترجيح قبل الحكم لأحد الكلامين فلا يحكم بأحدهما، وبعده ترجح الأول لاتصال القضاء به، لأنه مؤكد لحكمه، وقع في حال لا معارض له فيه فلا ينقض الأقوى بالأدنى (فتح القدير ٤٤٥/٧، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

فلا ينقض بالمتناقض أيضاً، وعليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم لإقرارهم على أنفسهم بسبب الضمان[١]. والتناقض لا يمنع صحة الإقرار، و يجب التعزير مع الضمان بعد الحكم، و قبله يجب التعزير فحسب.

١٥٨- والمعتبر في الرجوع بقاء من بقي، لا رجوع من رجع[٢].

١٥٩- و إذا رجع شهود الفرع ضمنوا[٣]؛ لأن التلف يضاف إليهم،

---

[١] - أي بالرجوع مع العلم بأنه لا ينقض القضاء به كانوا معترفين بأن تسببهم في ذلك الإتلاف كان تعدياً، لأنه وقع على خلاف الحق، فيضاف الحكم إليهم كما في حفر البئر على قارعة الطريق، (انظر: العناية وفتح القدير ٤٤٥/٧، ٤٤٦، دار الكتب العلمية).

[٢] - وفي الهداية: فإن رجع أحدهما ضمن النصف: والأصل أن المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع، وقد بقي من يبقى بشهادته نصف الحق، وإن شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم فلا ضمان عليه، لأنه بقي من بقي بشهادته كل الحق وقال: في العناية: المعتبر في باب الرجوع عن الشهادة بقاء من بقي، لأن وجوب الحق في الحقيقة بشهادة الشاهدين وما زاد فهو فضل في حق القضاء، إلا أن الشهود إذا كانوا أكثر من الاثنين يضاف القضاء ووجوب الحق إلى الكل لاستواء حقوقهم، وإذا رجع واحد زال الاستواء وظهر إضافة القضاء إلى المثنى وعلى هذا إذا شهد اثنان فرجع أحدهما، ضمن النصف لأنه بقي بشهادة من بقي نصف الحق (انظر للتفصيل الهداية والعناية مع فتح القدير ٤٤٩/٧، ٤٥٠، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

[٣] - هذا بالاتفاق، لأن الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافاً إليهم، انظر: فتح القدير ٤٥٩/٧ دار الكتب العلمية.

و إن[1] رجع شهود الأصل لم يضمنوا[2].

١٦٠- وإن شهد رجل وامرأتان، فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق، وإن رجعتا ضمنتا نصفه.

١٦١- وإن شهد رجل وعشر نسوة، ثم رجع ثمان نسوة، فلا ضمان عليهن، فإن رجعت أخرى كان على النسوة ربع الحق[3].

١٦٢- وإن رجع الرجل والنساء، فعلى الرجل سدس الحق، وعلى النسوة خمسة أسداسه عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد عنده، وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف؛ لأن النساء وإن كثرن[4] لم يقمن إلا مقام رجل واحد.

١٦٣- وفي النكاح لو رجعا ينظر، إن كان المدعي هو الزوج لم يضمنا [شيئا[5]؛ لأن البضع عند الإتلاف غير متقوم، وإن كانت المرأة

---

[1] - وفي (ن، ع): "لو".

[2] - أي لا يضمن شهود الأصل بعد الحكم بقولهم: لم نشهد الفروع على شهادتنا بالإجماع، لأن الحكم لم يضف إليهم بل إلى الفروع ولا يبطل القضاء بعد الحكم للتعارض بين الخبرين فصار كرجوع الشاهد (مجمع الأنهر ٢١٩/٢، دار إحياء التراث العربي بيروت – لبنان، انظر: العناية هامش فتح القدير ٤٥٩/٧، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[3] - لأنه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقي ثلاثة الأرباع (الهداية مع فتح القدير ٣٥١/٧،دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[4] - وفي (ن): "محبون".

[5] - وفي الهندية: لو ادعى رجل على امرأة النكاح وأقام على ذلك بينة والمرأة جاحدة فقضى القاضي عليها بالنكاح بالبينة ثم رجعا عن شهادتهما فإنهما لا

هي المدعية لم يضمنا][1] إلا[2] مقدار مهر المثل أو أقل، لأن البضع متقوم عند الدخول في ملك الزوج.

وفي البيع إن كان البائع مدعيا يضمن الزيادة للمشتري[3]؛ لأنه إتلاف من غير عوض، وفي عكسه يضمن النقصان للبائع، والله اعلم بالصواب.

---

يضمنان للمرأة شيئاً سواء كان المسمى مثل مهر مثلها أو أكثر أو أقل (٥٤١/٣، دار الفكر).

[1] – ما بين القوسين ساقط في (ن).

[2] – هكذا في النسخ الثلاث: ولعل الصواب: إذا كان أي إذا كان المسمى مقدار مهر المثل أو أقل لم يضمنا وإن كان المسمى أكثر من مهر مثلها ضمنا الزيادة للزوج (انظر الهندية ٥٤٠/٣، دار الفكر).

[3] – صورتها، أن البائع ادعى على المشتري أنه باع منه شيء كذا بعشرة، والعشرة مثلاً زائد عن مثل القيمة وشهد الشاهدان به، ثم رجعا ضمنا الزيادة للمشتري، وإن ادعى المشتري أني اشتريت هذا الشيء بعشرة وهي أقل من مثل الثمن وشهد الشاهدان ثم رجعا يضمن النقصان للبائع (انظر: مجمع الأنهر ٢١٩/٢، دار إحياء التراث العربي).

# كتاب الدعوى

١٦٤- الدعوى[١] هي المنازعة لغة[٢]، وفي الشرع عبارة عن إضافة الشيء إلى نفسه.

١٦٥- المدعي من لا يجبر على الخصومة، والمدعى عليه من يجبر عليها، وقيل: المدعي من يتمسك بالإثبات لنفسه، والمدعى عليه من ينفيه عنه، حتى لو قال المدعي لخصمه: هذا الشيء ليس لك، لا يكون هذا دعوى، حتى يقول: هذا لي[٣]، و كذا لو قال الخصم: هذا الشيء لي، لا يكون جوابا منه، حتى يقول: ليس[٤] هذا لك، وقيل: كل من يشهد[٥]

---

[١] - قال في لسان العرب: الدعوى اسم لما يدعيه....، وادعيت الشيء زعمته لي، حقاً كان أو باطلاً (لسان العرب ١٧١/١٤-١٧٥)، وفي المصباح: ادعيت الشيء: طلبته لنفسي، والاسم الدعوى (تاج العروس ١٢٧/١٠ فصل الدال، باب الواو والياء) وفي العناية: وهي في اللغة عبارة عن قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على غيره، وفي عرف الفقهاء: مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته (العناية في هامش فتح القدير ١٥٢/٨، كتاب الدعوى).

[٢] - "لغة" ساقط في (ن، ع).

[٣] - زاد في (ن، ع): "وكذا لي". وهو خطأ.

[٤] - "ليس" ساقط في (ن، ع).

[٥] - وفي (ن، ع): "شهد".

لنفسه ما في يد غيره [فهو مدع، ومن يشهد][1] في يد نفسه لنفسه فهو منكر، وقيل: المدعي من يتمسك بغير الظاهر كالخارج، والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر كصاحب اليد، وقيل: المدعي من لا يستحق[2] إلا بحجة، والمدعى عليه من يكون مستحقا بغير حجة[3].

١٦٦- والعبرة فيه للمعنى لا للصور، حتى لو قال المودع: رددت الوديعة، فالقول قوله مع يمينه، وإن كان مدعيا للرد[4] صورة؛ لأنه ينكر الضمان.

١٦٧- وكذا لو تزوج امرأة وبعث إليها شيئاً، ثم قال: هو كان من المهر[5]، وقالت المرأة: هو كانت هدية، فالقول قول الزوج؛ لأنه هو المملك.

١٦٨- وبمجرد الدعوى يلزم إحضار الخصم والمدعى به في مجلس القاضي سواء صح دعواه أولم يصح.

---

[1] - ما بين القوسين ساقط في (م) وأثبتناه من (ن، ع).

[2] - وفي (ن، ع): "يتحقق" وهو تصحيف.

[3] - انظر للتفصيل: الهداية مع الفتح والعناية ١٦٠/٨-١٦٢ دار الكتب العلمية بيروت لبنان.

[4] - كذا في (ن، ع)، وفي (م): مدعيا الرد، وتوضيحه: والعبرة في الدعوى هي للمعنى لا للصورة حتى لو قال المودع: رددت الوديعة فهو بحسب الصورة دعوى الرد مع هذا لا يصير مدعياً بل مدعى عليه، لأنه في المعنى منكر للضمان فالقول قوله مع يمينه، ويصير في الحقيقة هو المدعى عليه.

[5] - وفي (م): "المهر".

١٦٩- ولا تقبل[١] الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره؛ لأن الغرض هو الإلزام وأنه لا يتحقق في المجهول، وإن كان عيناً في يد المدعى عليه كلف إحضارها ليشير إليها بالدعوى، المدعي والشهود، وإن لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى بها معلوماً.

قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: يشترط مع ذلك ذكر الذكورة والأنوثة.

١٧٠- وفي العقار يبين[٢] البلدة والمحلة، ثم ذكر الحدود بأسماء أصحابها[٣] شرط[٤]؛ لأنه تعذر التعريف بالإشارة فقام التحديد مقامه، إلا إذا كانت الدار معروفة[٥] مشهورة في هذه البلدة لا يحتاج إلى تحديدها، فإن ذكر الثلاثة من الحدود يكفي عندنا[٦]، خلافا لزفر رحمه الله، بخلاف ما إذا غلط في الرابعة[٧] حيث لا يقبل؛ لأنه يختلف الدعوى به، وكذا

---

[١] - وفي (ن، ع): "يقبل".

[٢] - وفي (ن، ع): "يتعين".

[٣] - ولا بد من ذكر الجد لأن تمام التعريف به عند أبي حنيفة على ما عرف هو الصحيح، وروي عنهما أن ذكر الأب يكفي (تكملة فتح القدير ١٧٠/٨، دار الكتب العلمية).

[٤] - "شرط" ساقط في (ن، ع).

[٥] - وفي (م): "معروفة" ساقطة.

[٦] - وعليه العمل في عصرنا.

[٧] - أي في الحد الرابع وأنثه المصنف باعتبار الجهة يعني إذا ذكر الحدود الثلاثة وسكت عن الرابع جاز عندنا خلافاً لزفر، وأما إذا إذا ذكر الحد الرابع أيضاً وغلط فيه فلا يجوز باتفاق بيننا وبين زفر، لأنه يختلف به المدعى ولا كذلك

التحديد شرط في الشهادة[1]، ثم ذكر أنه في يد المدعى عليه، وأنه يطالبه به، ولا بد من الطلب؛ لأنه يجوز أن يكون مرهوناً أو محبوساً بالثمن، ولا بد من ذكر الوصف في الدين؛ لأنه لا يعرف إلا به.

١٧١- وكذا كل حق في الذمة، فلا بد من تعريفه بالوصف والمطالبة به.

١٧٢- وإذا صحت الدعوى سأل القاضي المدعى عليه، فإن اعترف قضى عليه بها، وإن لم يقض يجوز أيضاً لظهور صدق المدعى عليه[2] بإقراره؛ لأن إقراره يلزم عليه، فيثبت[3] المدعى به ظاهراً بإقراره.

١٧٣- وإن أنكر سأل المدعي البينة لقوله عليه السلام: "البينة على المدعي واليمين على من أنكر"[4] يقول القاضي: ألك بينة؟ فإن أحضرها قضى بها لظهور صدق المدعي، وبها يثبت المدعى به ضرورة، ولا بد من القضاء فيه لينتفي به تهمة الكذب.

١٧٤- وإن قال المدعي: لا بينة لي في هذه الدعوى، وطلب يمين

---

بتركها، (تكملة فتح القدير ١٦٩/٨، دار الكتب العلمية)

[1] - وفي الهداية: "كما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة" (الهداية مع فتح القدير ١٦٩/٨، دار الكتب العلمية).

[2] - وفي (ن، ع): "المدعي".

[3] - في (ن، ع): "فثبت".

[4] - رواه البيهقي في سننه عن ابن عباس رضي الله عنه (٢٥٢/١٠، كتاب الدعوى والبينات).

خصمه، يحلفه القاضي على صورة الدعوى عند أبي يوسف رحمه الله[1]، وعندهما يحلفه على صورة إنكاره، فإذا حلف ثم جاء ببينة تقبل بينته في رواية الحسن، والكرخي عن أبي حنيفة رحمه الله[2]؛ لأنه قد قامت الحجة في صحة دعواه، فتبين أن المدعى عليه كاذب في يمينه، ولا منافاة بين الاستشهاد في الابتداء والانتهاء، إنما قال ذلك في الابتداء؛ لأنه لا علم له فيها بشهادة[3]، ثم علم أن فيها شهادة، أو أقر المدعى عليه عند الشهود ولم يعلم المدعي ثم علمه، فلا تناقض[4] فتسمع[5] بينته.

١٧٥- وكذا لو قال الشاهد: ما لي شهادة في هذه الدعوى، ثم

---

[1] - قال أبو حنيفة ومحمد: لا يحلف المدعى عليه إلا بطلب المدعي تحليفه، وقال أبويوسف وابن أبي ليلى: يحلفه بدون طلبه (معين الحكام: ٧٧).

[2] - وفي معين الحكام: إذا قال المدعي لا بينة لي بعد ما ادعى مالاً أو حقاً من الحقوق، وأنكر المدعى عليه، وسأله القاضي فحلف المدعى عليه، ثم قال: لي بينة حاضرة، تقبل عند أبي حنيفة خلافاً لمحمد؛ لأنه لا منافاة بين استشهادهم في الإشهاد وبين ما قال في الابتداء لجواز أنه لم يكن يعلم أن هؤلاء شهوده ثم علم، أو لم يكونوا شهوده ثم صاروا بأن أقر المدعى عليه عندهم فلا يكون مناقضاً، (معين الحكام: ١١٤، باب الخامس في القضاء ببينة المدعي بعد فصل القضاء بيمين المدعى عليه)، وفي الدر المختار: "تقبل البينة لو أقامها المدعي بعد يمين المدعى عليه كما تقبل البينة بعد القضاء بالنكول عند العامة، وهو الصحيح" (٢٩٧/٨، دار الكتب العلمية).

[3] - وفي (م): "شهادة".

[4] - وفي (م): "فلا يناقض".

[5] - وفي (م): "فيستمع".

شهدوا قبلت الشهادة، وقال محمد رحمه الله: لا تقبل الشهادة؛ لأنه تناقض فيه، كمن قال لآخر: لا حق لي عليه، ثم ادعى عليه حقا، لا تصح دعواه، فكذا هنا، وكذا لو قال المدعي[١]: احلف أنت فإذا حلفت فأنت[٢] بريء من الحق الذي ادعيت عليك، فحلف، ثم أقام ببينة[٣]، فهو على هذا الخلاف.

١٧٦- [وكذا لو قال: كل شاهد أحضرتُه بعد يمينه فهو زور وبهتان، فهو على هذا الخلاف،][٤] وكذا ذكره في فتاوى ظهير الدين.

١٧٧- و[٥] إن قال: لي[٦] بينة حاضرة، لم يستحلف[٧] عند أبي حنيفة رحمه الله، خلافاً لأبي يوسف رحمه الله[٨]؛ لأن اليمين مرتبة على فقد

---

[١] - وفي (ن، ع): "للمدعي عليه".

[٢] - وفي (م): "فإني".

[٣] - وفي (م): "ثم قام بينته".

[٤] - ما بين القوسين ساقط في (ن).

[٥] - وفي (ن، ع) هناك "فصل في اليمين".

[٦] - "لي" ساقط في (ن، ع).

[٧] - أي إذا قال المدعي: لي بينة حاضرة في المصر، وطلب اليمين، لأن البينة إذا كانت حاضرة في مجلس الحكم لم يستحلف بالاتفاق، واحترز بقوله: حاضرة عن البينة الغائبة عن المصر، فإنها إذا غابت عن المصر يستحلف بالاتفاق، (ر: تكملة فتح القدير١٧٧/٨، دار الكتب العلمية).

[٨] - فإنه قال: يستحلف، لأن اليمين حق المدعي بالحديث المعروف: "البينة على المدعي، واليمين على من أنكر"، وكذا نقل قاضي زاده عن صاحب الكافي حيث قال: قال أبويوسف رحمه الله: يستحلف لعموم قوله عليه السلام: البينة على المدعي واليمين على من أنكر، (فتح القدير ١٧٨/٨، دار الكتب العلمية).

البينة، ولا فرق بين قلة المال و كثرته، ولأن البينة إنما شرعت لإظهار ما لم يكن ثابتاً عنده[1]، واليمين شرعت لدفع الدعوى، وإبقاء العين في يده على ما كان، والمثبت أولى من الدافع[2].

١٧٨- وإن قال: لي بينة غائبة، فطلب يمين خصمه فحلف، ثم جاء ببينة تقبل بينته[3].

١٧٩- وذكر في الينابيع أن المدعي إذا عجز عن إقامة البينة وطلب يمين خصمه فحلف برئ الخصم من ذلك الحق إلى أن تقوم البينة عليه؛ لقول عمر رضي الله: "اليمين الفاجرة أحق أن ترد بالبينة العادلة"[4].

١٨٠- ثم عرض اليمين ثلاث مرات لا يحتاج في القضاء، بل يكفيه مرة واحدة، فإن نكل المدعى عليه عن اليمين يقضى عليه بالنكول، ولزمه ما ادعى عليه عندنا؛ لأن الامتناع عن اليمين يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة، فيثبت[5] المدعى به على طريق البذل، وهو قول أبي حنيفة رحمه الله، ويحتمل الإقرار، وهو قولهما.

١٨١- ولا ترد اليمين على المدعي عندنا، وقال الشافعي رحمه

---

[1]- "ثابتاً عنده" ساقط في (ن، ع).

[2] - وفي (م): "الدفع".

[3] - هكذا في (ن، ع): وسقط في (م): "تقبل بينته".

[4] - انظر موسوعة فقه عمر بن الخطاب للدكتور محمد رواس قلعه جي (ص:٦٣١) فيه بلفظ: "اليمين الفاجرة أحق أن ترد من البينة العادلة".

[5] - وفي (ن، ع): "فثبت".

الله: بل ترد اليمين على المدعي إذا نكل المدعى عليه عنه، فإن حلف يقضى به، وإن نكل انقطعت المنازعة بينهما، أي يترك[1] العين في يد المدعى عليه بلا قضاء عنده، ولنا قوله عليه السلام: "البينة على المدعي واليمين على من أنكر"[2]، والقسمة تنافي[3] الشركة[4]؛ لأنه جعل جميع الأيمان على المنكرين بتعريفه بالألف واللام، كما جعل جميع البينات في جانب المدعيين، فلا يكون في جانب المدعي يمين بهذا الخبر المشهور.

١٨٢- والنكول قد يكون صريحاً: بأن قال: لا أحلف، أو دلالة: بأن سكت، ولا يستحلف المدعي بشاهد ويمين[5] عندنا للحديث الذي رويناه، وعنده يستحلف في كل موضع تقبل شهادة رجل وامرأتين؛ لأن

---

[1] - وفي (ن، ع): "ترك".

[2] - أخرج البيهقي في سننه عن ابن عباس قال قال رسول الله -ﷺ-: "لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودمائهم، ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر" (السنن الكبرى ٤٢٧/١٠، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان) وروى البخاري في كتاب الرهن بلفظ: إن النبي -ﷺ- قضى أن اليمين على المدعى عليه (البخاري مع فتح الباري ١٤٥/٥، باب إذا اختلف الراهن والمرتهن، دار المعرفة).

[3] - وفي (م): "ينافي".

[4] - لأن الشركة تقتضي عدم التمييز، والقسمة تقتضي التمييز وهما متنافيان (فتح القدير ١٧٢/٨).

[5] - كذا في النسخ الثلاث ولعل الصواب: لا يستحق المدعي إن كان له شاهد واحد، ولا يقضي له بشاهد ويمين.

النبي -ﷺ- قضى بشاهد و يمين، قلنا: هذا الخبر الواحد[1]، فلا يعارض المشهور، أو نقول[2]: قضى بشاهد مرة، وباليمين مرة.

١٨٣- ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق[3] عندنا، وعند الشافعي رحمه الله تقبل بينته؛ لأنها تأكدت باليد، فصارت كبينة النتاج والنكاح[4]، ولنا أن بينة الخارج أكثر إثباتاً[5]؛ لأنها تثبت الملك واليد من

---

[1] - قال ابن الهمام في فتح القدير: قال الإمام الزيلعي في التبيين: وما رواه ضعيف رده يحيى بن معين، فلا يعارض ما رويناه، ولأنه يرويه ربيعة عن سهل بن أبي صالح، وأنكره سهل، فلا يبقى حجة بعد ما أنكره الراوي فضلاً عن أن يكون معارضاً للمشاهير، ولأنه يحتمل أن يكون معناه قضى تارة بشاهد يعني بجنسه، وتارة بيمين، فلا دلالة فيه على الجمع بينهما، وهذا كما يقال: ركب زيد الفرس والبغلة، والمراد على التعاقب، ولئن سلم أن يقتضي الجمع فليس فيه دلالة على أنه يمين المدعي، بل يجوز أن يكون المراد به يمين المدعى عليه، ونحن نقول به، لأن الشاهد الواحد لا يعتبر فوجوده كعدمه فيرجع إلى يمين المنكر عملاً بالمشاهير، (فتح القدير ١٨٣/٧، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

[2] - وفي (م): "يقول".

[3] - أراد بالملك المطلق أن يدعي الملك من غير أن يتعرض للسبب بأن يقول: هذا ملكي، ولا يقول: هذا ملكي بسبب الشراء أو الإرث أو نحو ذلك (تكملة فتح القدير ١٨٢/٨، دار الكتب العلمية).

[4] - أي كحكم مسألة النتاج بأن ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد أن هذه الدابة نتجت عنده، وأقاما البينة على ذلك ولأحدهما يد فإنه يقضى لذي اليد، وكذا حكم مسألة النكاح بأن تنازعا في نكاح امرأة، وأقاما البينة على ذلك ولأحدهما يد فبينة ذي اليد أولى (تكملة فتح القدير ١٨٣/٨، دار الكتب العلمية).

[5] - ر: الهداية ٢٠٣/٣، وتكملة الفتح ١٧٤/٨-١٧٥.

كل وجه لما أن المدعي يدعي اليد والملك، فيثبت عند تحقق السبب، وبينة ذي اليد لدفع دعوى المدعي، والمثبت أولى من الدافع[1]، ولأن بينة ذي اليد تعتمد الظاهر واليد متبوعة، فيثبت الملك له من دون وجه، بخلاف النتاج، فإنه دليل على سبق اليد له[2]، فلا يثبت لآخر فيه ملك إلا بالتلقي منه[3].

١٨٤- ولا يستحلف عند أبي حنيفة رحمه الله في النكاح، والرجعة، والفيئ في الإيلاء، والرق، والاستيلاد، والنسب، والولاء، والحدود، واللعان[4]؛ لأن فائدة اليمين القضاء بالنكول، والنكول بذل منه

---

[1] - وفي (م): "الدفع".

[2] - "له" ساقط في (ن، ع).

[3] - انظر للتفصيل: الهداية مع تكملة الفتح ١٨١/٨، ١٨٢.

[4] - قوله: (في النكاح) أي لا يستحلف عنده في دعوى النكاح بأن ادعى رجل على امرأة أنه تزوجها أو بالعكس، (والرجعة) أي لا يستحلف عنده في دعوى الرجعة أيضاً، بأن ادعى بعد الطلاق، وانقضاء العدة أنه كان راجعها في العدة، وأنكرت أو بالعكس، (والفيء في الإيلاء) أي في دعوى الفيء بالإيلاء أيضاً، بأن ادعى بعد انقضاء مدة الإيلاء، أنه كان فاء إليها في المدة، وأنكرت أو بالعكس، (والرق) أي وفي دعوى الرق أيضاً بأن ادعى على مجهول النسب أنه عبده، وأنكر المجهول أو بالعكس، (والاستيلاد) أي وفي دعوى الاستيلاد أيضاً بأن ادعت أمة على مولاها أنها ولدت منه ولداً، وأنكر المولى، ولا يجري فيه العكس، (والنسب) أي وفي دعوى النسب أيضاً بأن ادعى على مجهول أنه ولده أو والده، وأنكر المجهول أو بالعكس، (والولاء) أي وفي دعوى الولاء أيضاً بأن ادعى على مجهول النسب أنه معتقه ومولاه، وأنكر المجهول أو بالعكس، أو كان ذلك في ولاء الموالاة، إذ الولاء يشمل

عنده[1]، والبذل لا يجري في هذه الأشياء[2]؛ لأنها حق الله تعالى، وإنما قلنا ذلك حملا للتورع عن اليمين، وعندهما، يستحلف[3]؛ لأن النكول إقرارعندهما والإقرار يجري فى هذه الأشياء.

١٨٥- رجل تزوج[4] امرأة بشهادة شاهدين ثم أنكرت المرأة النكاح وتزوجت بآخر، وقد مات شهود الأول، فليس للأول أن يخاصمها [وإنما

---

ولاء العتاقة وولاء الموالاة، (والحدود) بأن ادعى على آخر ما يوجب حداً من الحدود، وأنكره الآخر، (واللعان) بأن ادعت على زوجها أنه قذفها بما يوجب اللعان وأنكر الزوج (ر: تكملة فتح القدير ١٨١/٨).

[1] - وفي (م): "والنكول بذل عنده"، وتفسير البذل عنده: ترك المنازعة وقطع الخصمة والإعراض عنها بدفع ما يدعيه الخصم (العناية وفتح القدير ١٩٢/٨، ١٩٣، دار الكتب العلمية).

[2] - فإنه لو قالت مثلاً: لا نكاح بيني وبينك، ولكني بذلت لك نفسي لم يصح بذلها، وكذا لو قال: أنا حر الأصل، ولكن هذا يؤذيني بالدعوى فبذلت له نفسي ليسترقني لم يصح بذله، بخلاف الأموال، فإنه لو قال: هذا المال ليس له ولكني أبحته وبذلته له لأتخلص من خصومته صح بذله (تكملة فتح القدير ١٩٣/٨، دار الكتب العلمية).

[3] - عندهما: يستحلف في ذلك كله إلا في الحدود واللعان، فتقرر أنه لا يستحلف في الحدود واللعان على قولهم جميعاً، وإنما اختلافهم في الأشياء السبعة الباقية، قال القاضي فخر الدين: والفتوى على قولهما، وقيل: ينبغي للقاضي أن ينظر في حال المدعى عليه، فإن رآه متعنتاً يحلفه ويأخذ بقولهما، وإن كان مظلوماً لا يحلفه أخذاً بقوله، وبه قال المتأخرون من مشايخنا، (ر: تكملة فتح القدير ١٨٩/٨، ١٩٠، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

[4] - وفي (ن، ع): "زوّج".

يخاصم مع الزوج الثاني، فإن حلف برئ، وإن نكل فله أن يخاصمها][1] ويحلفها، فإن نكلت[2] يقضى بها له[3] والفتوى عليه.

١٨٦- وفي دعوى القصاص يستحلف، فإن نكل عن اليمين فيما دون النفس يجب القصاص عنده؛ لأن الأطراف ملحقة بالأموال فيجري فيها البذل، وفي النفس يحبس حتى يقر أو يحلف؛ لأن البذل لا يجري في النفس، وقالا: لزمه الأرش[4] فيهما[5]؛ لأن النكول مع أنه إقرار عندهما ولكنه فيه شبهة[6]، والقصاص لا يثبت بها.

١٨٧- وإن قال المدعي: لي بينة حاضرة في المصر، وطلب الكفيل من خصمه، قيل له: أعطه كفيلاً بنفسك ثلاثة أيام[7]؛ لأن الكفالة

---

[1] - ما بين القوسين سقط في (م).

[2] - وفي (م): "نكل".

[3] - "له" ساقط في (م).

[4] - أي يستحلف المدعى عليه بالإجماع سواء كانت الدعوى في النفس بها أو فيما دونها، ثم اختلف أبوحنيفة وصاحباه في التفصيل، فقال أبوحنيفة: إن نكل عن اليمين فيما دون النفس لزمه القصاص، وإن نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقر، وقالا: لزمه الأرش فيهما، (انظر: تكملة فتح القدير ١٩٩/٨، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[5] - وفي (م): "فيها".

[6] - لأنه إن امتنع عن اليمين تورعاً عن اليمين الصادقة لا يكون إقرارا، بل يكون بذلاً فلا يثبت به القصاص ويجب به المال (الهداية وتكملة فتح القدير ١٩٩/٨، دار الكتب العلمية).

[7] - وفي الهداية: والتقدير بثلاثة أيام مروي عن أبي حنيفة رحمه الله وهو الصحيح (ر: الهداية مع تكملة الفتح ٨/ ٢٠٢ دار الكتب العلمية).

بالنفس جائزة عندنا[١]. وأخذ الكفيل[٢] بمجرد الدعوى استحساناً، كإحضار المدعى عليه في مجلس القاضي؛ لأن فيه نظراً للمدعي، ولا ضرر لخصمه، ولا فرق بين الوجيه والخامل[٣]، والحقير من المال والخطير منه في الظاهر.

١٨٨- وإن قال: شهودي غيب[٤]، لا يكفل[٥]، بل يحلف.

١٨٩- إذا كان لرجل على رجل دعوى كثيرة، يحلف يميناً واحداً.

١٩٠- رجل مات وعليه ديون مستغرقة لتركته[٦]، فجاء آخر وادعى على الميت ديناً، وعجز عن إقامة البينة، ليس له أن يحلف الورثة؛ لأنهم ليسوا بخصم، وكذا الغرماء، ولأنه لم يدع عليهم شيئا، والدين وصف ثابت في الذمة، فينتقل إلى التركة بالموت، وهذا ما هو ثابت فيه، فلا ينتقل إليها.

---

١ - "عندنا" ساقط في (ن، ع).

٢ - اعلم أن أخذ الكفيل مما اختلف فيه السلف، روي عن قتادة والشعبي أنه لا يجوز، وروي عن إبراهيم النخعي أنه يجوز، وهذا هو الاستحسان أخذ به علماؤنا، والقياس أن لا يجوز، (ر: تكملة فتح القدير ٢٠١/٨، دار الكتب العلمية).

٣ - وفي النسخ الثلاث: "الحامل" والصواب ما كتبناه.

٤ - وفي (م): "شهودي غيبت".

٥ - لعدم الفائدة، لأن الفائدة هي الحضور عند حضور الشهود، وذلك في الهالك محال، والغائب كالهالك من وجه، إذ ليس كل غائب يئوب (ر: تكملة فتح القدير ٢٠٢/٨، دار الكتب العلمية).

٦ - وفي (م): "كتركة".

# فصل في كيفية اليمين

١٩١- اليمين بالله تعالى دون غيره للحديث[١]، وهو بالخيار فيه، إن شاء يغلظ، وإن شاء لا، و قيل: إن كان الرجل معروفاً بالصلاح لا يغلظ في المال الحقير، وعند الشافعي رحمه الله في المال الخطير[٢] يغلظ مثل النصاب[٣].

١٩٢- وتفسيره: أن يحلف عند أشرف المكان كالكعبة، والمقام في مكة، والروضة، والمنبر في المدينة، والجامع في سائر الأمصار[٤]، أو

---

[١] - روى مسلم في صحيحه عن النبي -ﷺ-: "ألا إن الله عزوجل ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم، فمن كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت" (صحيح مسلم ١١٨/٦ كتاب الأيمان، باب النهي عن الحلف بغير الله تعالى).

[٢] - كذا في (ن، ع): وفي (م): "الحقير".

[٣] - قال الشافعي: إذا كان الحق عشرين ديناراً أو قيمتها أو دما أو جراحة عمد فيها قود ما كانت أو حداً أو طلاقاً حلف الحالف بمكة بين البيت والمقام، فإن كان بالمدينة فعلى منبر رسول الله -ﷺ-، وإن كان في بيت المقدس ففي مسجدها أو ببلد ففي مسجده، وأحب لو حلف بعد العصر، وقد كان من حكام الآفاق من يستحلف على المصحف وذلك عندي حسن فإن كان الحق أقل من عشرين ديناراً أو قيمتها... أحلف في المسجد أو في مجلس الحكام (كتاب الأم ٢٥٩/٦، الامتناع من اليمين، وكيف اليمين، دار المعرفة بيروت - لبنان).

[٤] - وفي (ن، ع): "الأبصار"، وهو خطأ.

يحلف يوم الجمعة بعد العصر، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يوضع المصحف في حجره، ويقرأ عليه: ﴿إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً﴾[١] ثم يحلف.

١٩٣- وإن غلظ يغلظ على وجه لا[٢] يتكرر اليمين[٣]، وهو أن لا يدخل الواو فيه بين الاسمين، وصفته[٤]، قل: بالله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة هو الرحمن الرحيم، الطالب الغالب، المدرك، الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية، ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه حق ولا شيء منه[٥].

١٩٤- ولا يستحلف بالطلاق والعتاق[٦] للحديث[٧]، وقيل[٨]: في زماننا

---

١- آل عمران: ٧٧.

٢ - "لا" ساقط في (ن، ع).

٣ - وقال في الهداية: وله أن يزيد في التغليظ على هذا، وله أن ينقص منه، إلا أنه يحتاط فيه كيلا يتكرر عليه اليمين، وقال قاضي زاده: والمراد بالاحتياط أن يذكر بغير واو، إذ لو ذكر والله، والرحمن، والرحيم بالواوات صارت ثلاثة أيمان، وتكرار اليمين غير مشروع، كذا في النهاية نقلاً عن المبسوط (تكملة فتح القدير ٢٠٥/٨، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

٤ - وفي (ن، ع): "ووصفه".

٥ - وكذا في الهداية (ر: الهداية مع تكملة الفتح ٢٠٤/٨ دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

٦ - وفي (م): "الإعتاق".

٧- هو قوله عليه السلام: "من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت" (صحيح مسلم ١١٨/٦، كتاب الأيمان، باب النهي عن الحلف بغير الله).

٨ - قال قاضي زاده بعد نقل التصريحات في ذلك: قد تلخص من هذه المذكورات

إذا ألح الخصم يسع للقاضي أن يحلف به لقلة المبالاة [باليمين][1] بالله تعالى، وفي البيع، والغصب، والقرض، والنكاح، والطلاق يستحلف على الحاصل[2]، إن أنكر الحاصل فيقول القاضي: ما كان بينكما بيع قائم في الحال، ولا يقول: ما بعت؛ لأنه قد باعه ثم أقاله، هذا قول أبي حنيفة و محمد رحمهما الله؛ لأن الحاصل هو الأصل عندهما، وعند أبي يوسف يستحلف على السبب.

١٩٥- وكل سبب لا يرتفع برافع[3] كالعتق[4] يحلف على السبب،

---

كلها: أن للقاضي أن يحلف بالطلاق والعتاق عند إلحاح الخصم، وأن يفتي بجواز ذلك إن مسته الضرورة، ولكن ليس له أن يقضي بالنكول عنه، وإن قضى به لا ينفذ قضاؤه (تكملة فتح القدير ٢٠٦/٨، دار الكتب العلمية).

[1] - ما بين المعقوفتين زدناه من الهداية (الهداية مع تكملة الفتح ٢٠٥/٨ دار الكتب العلمية).

[2] - أي يستحلف على الحاصل دون السبب، واعلم أن هذا نوع آخر من كيفية اليمين، وهو اليمين على الحاصل أو السبب، والضابط في ذلك: أن السبب إما إن كان مما يرتفع برافع أولا، فإن كان الثاني فالتحليف على السبب بالإجماع، وإن كان الأول فإن تضرر المدعي بالتحليف على الحاصل فكذلك، وإن لم يتضرر يحلف على الحاصل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وعلى السبب عند أبي يوسف رحمه الله، إلا إذا عرض المدعى عليه برفع السبب (تكملة فتح القدير ٢٠٨/٨، دار الكتب العلمية).

[3] - قال في الهداية: وإن كان سبباً لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالإجماع كالعبد المسلم إذا ادعى العتق على مولاه (الهداية على هامش تكملة الفتح ٢٠٩/٨، دار الكتب العلمية).

[4] - وفي (ن، ع): "كالمعتق".

فإن المولى[1] يحلف بالله ما أعتقت، وإن أنكر السبب يستحلف على السبب[2]، فيقول: ما بعت، وهذا أحسن الأقاويل وعليه أكثر القضاة.

١٩٦- وعلى هذا لو ادعت مبتوتة نفقة العدة، والزوج ممن لا يراها[3]، يحلف على السبب؛ لأنه لو حلف على الحاصل يصدق[4] في يمينه في معتقده، وكذا الشفعة بالجوار[5].

١٩٧- وكل من حلف على فعل الغير يحلف على العلم[6] كالوارث والوصي وغيره[7].

١٩٨- ومن ادعى على آخر مالاً فافتدى بيمينه مالاً، أو صالح

---

[1] - وفي (ن، ع): "الولي".

[2] - وهو قول البعض، وقال في الهداية: وقيل: ينظر إلى إنكار المدعى عليه، إن أنكر السبب يحلف عليه، وإن أنكر الحكم يحلف على الحاصل... وفي تكملة الفتح: قال شمس الأئمة: هذا أحسن الأقاويل عندي وعليه أكثر القضاة (تكملة فتح القدير ٢٠٩/٨، ٢١٠ دار الكتب العلمية).

[3] - أي الزوج لا يرى نفقة العدة للمبتوتة كما ذهب إليه بعض أهل العلم.

[4] - وفي (م): "صدق".

[5] - أي ادعى شفعة بالجوار والمشتري لا يراها بأن كان شافعياً (تكملة فتح القدير ٢١٠/٨، دار الكتب العلمية).

[6] - "العلم" ساقط في (ن).

[7] - اعلم أن هذا نوع آخر أيضاً من كيفية اليمين، وهو اليمين على العلم أو البتات، والضابط في ذلك: أن التحليف إن كان على فعل نفسه يكون على البتات، وإن كان على فعل غيره يكون على العلم (العناية وتكملة فتح القدير ٢٠٩/٨، ٢١١، دار الكتب العلمية).

منها على شيء، فهو جائز[1]، وهو مأثور عن عثمان[2] رضي الله عنه، وسقط حق الدعوى به.

١٩٩- يقول القاضي للأخرس[3] عند تحليفه: عهد الله عليك وميثاقه، فإن أشار برأسه بنعم يكون يميناً.

---

[1] - قال قاضي زاده: الافتداء أو الصلح جائز، فالافتداء قد يكون بمال هو مثل المدعى به، وقد يكون بمال هو أقل من المدعى به، وأما الصلح من اليمين فإنما يكون على مال أقل من المدعى به في الغالب، لأن الصلح ينبئ عن الحطيطة وكلاهما مشروع، (تكملة فتح القدير ٢١٢/٨، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

[2] - يعني جواز الفداء عن اليمين بالمال، قال الزيلعي: قال البيهقي في كتاب المعرفة في كتاب أدب القاضي: قال الشافعي: بلغني أن عثمان بن عفان ردت عليه اليمين فافتداها بمال وقال: أخاف أن يوافق قدر بلاء فيقال: هذا بيمينه، وقال في آخر الباب: وفي كتاب المستخرج لأبي الوليد بإسناد صحيح عن الشعبي، وفيه إرسال، أن رجلاً استقرض من عثمان بن عفان سبعة آلاف درهم فلما تقاضاه، قال له: إنما هي أربعة آلاف، فخاصمه إلى عمر، فقال: تحلف أنها سبعة آلاف؟ فقال عمر: أنصفك، فأبى عثمان أن يحلف، فقال له عمر: خذ ما أعطاك (نصب الراية ٢٢٥/٤، باب في كيفية اليمين، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

[3] - وفي (ن، ع): "الآخر" مكان "الأخرس"، وهو خطأ.

# فصل في التحالف

٢٠٠- إذا اختلف البائع والمشتري، فاعترف المشتري بالثمن، فادعى البائع أكثر منه، أو أقر[١] البائع بقدر من المبيع، وادعى المشتري[٢] أكثر منه فأيهما أقام البينة قبلت بينته، وإن أقاما البينة، فالبينة المثبتة للزيادة أولى، وإن اختلفا في المبيع والثمن، فبينة البائع في الثمن أولى، وبينة المشتري في المبيع أولى[٣].

٢٠١- وإن لم يكن لهما بينة، قيل لكل واحد: إما أن ترضى بالذي يدعي عليك صاحبك، وإلا فسخنا البيع قطعا للمنازعة، فإن لم يتراضيا يحلف كل واحد منهما على دعوى الآخر، وهو موافق للقياس قبل القبض؛ لأن البائع يدعي زيادة الثمن، والمشتري ينكر[٤]، والمشتري يدعي وجوب[٥] تسليم المبيع إذا أدى[٦] ما أقر به، والبائع ينكر، فيمين

---

[١] - وفي (ن): "إقرار".

[٢] - وفي (ن، ع): "على المشتري".

[٣] - بأن قال البائع مثلاً: بعتك هذه الجارية بمائة دينار، وقال المشتري: بعتنيها وهذا العبد معها بخمسين ديناراً، وأقاما بينة، فبينة البائع أولى في الثمن، وبينة المشتري أولى في المبيع نظراً إلى زيادة الإثبات، فالجارية والعبد جميعاً للمشتري بمائة دينار في المثال المذكور (تكملة فتح القدير ٢١٥/٨، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

[٤] - "والمشتري ينكر" ساقط في (م).

[٥] - وفي (م): "وجوب" ساقط.

[٦] - وفي (ن، ع): "إدعى".

المشتري قياس، ويمين البائع استحسان، أما بعد التقابض فالتحالف فيه مخالف للقياس؛ لأن المشتري لا يدعي شيئاً[1] فبقي[2] دعوى البائع، والمشتري منكر[3]، لكن عرفناه بالنص، وهو قوله عليه السلام: "إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادّا"[4]، ويبتدئ بيمين المشتري[5]؛

---

[1] – لأن المبيع سالم له فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن، والمشتري ينكرها فيكتفي بحلفه (الهداية ٣/٢١٠).

[2] – وفي (م): "بقي" بدون "ف".

[3] – وفي (ن، ع): "ينكر".

[4] – ضعيف بهذا اللفظ، وروى أصحاب الحديث بألفاظ مختلفة فاللفظ لأبي داود: "إذا اختلف المتبايعان ليس بينهما بينة فالقول ما يقول رب السلعة أو يتتاركان، ولفظ الترمذي: "إذا اختلف البيعان، فالقول قول البائع والمبتاع بالخيار" وقال الترمذي: حديث مرسل، ولفظ النسائي: حضرت أباعبيدة بن عبد الله بن مسعود وقد أتاه رجلان تبايعا سلعة، فقال أحدهما: أخذتها بكذا، وقال هذا: بعتها بكذا، فقال أبو عبيدة: أتي ابن مسعود في مثل هذا، فقال: حضرت رسول الله –ﷺ– وقد أتي في مثل هذا، فأمر البائع أن يستحلف، ثم يختار المبتاع، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك" قال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وانظر للتفصيل نصب الراية ٤/٢٢٨-٢٢٩، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان.

[5] – لو كان بيع عين بدين، وإن كان بيع عين بعين وهو المسمى بالمقايضة أو بيع ثمن بثمن وهو المسمى بالصرف فالقاضي مخير يبدأ بيمين أيهما شاء لاستوائهما، كما يجيئ في المتن (الدر المختار مع رد المحتار ٨/٣١٠، دار الكتب العلمية، والبحر الرائق ٧/٢٢٠، دار المعرفة بيروت – لبنان، تكملة فتح القدير ٨/٢٢١، دار الكتب العلمية).

لأنه [أشدهما] إنكاراً[1] [ولأنه أنكر أصل الحق، ولأنه هو الطالب بحقوق العقد أولاً وهو الثمن][2] فيتعجل. وفائدة النكول وهو إلزام الثمن[3] عليه، [ولو بدئ بيمين البائع][4] يتأخر تسليم المبيع إلى زمان استيفاء الثمن[5]. وفي المقايضة يبدأ بأيهما شاء، والأولى أن يقرع بينهما نفياً للتهمة.

٢٠٢- فيحلف البائع بالله ما باعه بألف، ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين، على الاقتصار على النفي لا على الإثبات[6]، وهو الأصح.

٢٠٣- وإذا حلفا[7] يفسخ العقد إذا طلباه، أو طلب أحدهما، ولا بد

---

[1] - ما بين القوسين زدناه من الهداية، لأن المشتري لما كان مطالباً أولاً بالثمن كان منكراً للشيئين، أصل الوجوب ووجوب الأداء في الحال فكان أشد إنكاراً (تكملة فتح القدير ٢٢٠/٨، دار الكتب العلمية).

[2] - ما بين القوسين ساقط في (م).

[3] - وفي (ن، ع): والالتزام اليمين، وفي (م): "والإلزام اليمين" وكلها خطأ، والصحيح كما في الهداية: "وفائدة النكول وهو إلزام الثمن" (الهداية ٢١٠/٣).

[4] - ما بين القوسين زدناه من الهداية تصحيحاً للمتن.

[5] - لأن تسليم المبيع يؤخر إلى زمان استيفاء الثمن لأنه يقال له: أمسك المبيع إلى أن تستوفي الثمن فكان تقديم ما تتعجل فائدته أولى (تكملة فتح القدير ٢٢٠/٨، دار الكتب العلمية).

[6] - وفي النسخ الثلاث: "على الاقتصار لا على النفي والإثبات"، ولعله سهو، والصحيح ما كتبناه في المتن نقلاً من تكملة فتح القدير ٢١٠/٨.

[7] - وفي (ن، ع): "حلف"، وهو خطأ.

من طلب الفسخ لأنه حقهما، فإن نكل أحدهما لزمه دعوى الآخر.

٢٠٤- ولا يجري[١] التحالف في الأجل، وخيار الشرط؛ لأنه خلاف النص، والقول قول من ينكر الخيار، والأجل مع يمينه.

٢٠٥- وإن اختلفا بعد هلاك المعقود عليه، لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله إلا في المقايضة؛ لأن النص ورد حال قيام السلعة في الرواية[٢]، والقول قول المشتري مع يمينه، لإنكاره زيادة الثمن. والتحالف بعد القبض حال قيام السلعة على خلاف القياس، فلا يقاس الهالك[٣] عليه، وقال محمد رحمه الله: يتحالفان، و يفسخ البيع على قيمة الهالك[٤]، وهو قول الشافعي رحمه الله بالنص المطلق، وهو قوله عليه السلام: "إذا اختلف[٥] المتبايعان تحالفا وترادا"[٦]، قلنا: النص المطلق مع

---

[١] - وفي (ن، ع): "ولا يجوز".

[٢] - وهو قوله -ﷺ-: إذا ختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفاً وتراداً" وقد سبق تخريجه.

[٣] - وفي (م): "الهلاك".

[٤] - وقال في الهداية: فإن هلك المبيع بعد قبض المشتري ثم اختلفا في مقدار الثمن، لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، والقول قول المشتري مع يمينه، وقال محمد رحمه الله: يتحالفان، ويفسخ البيع على قيمة الهالك، وهو قول الشافعي رحمه الله (الهداية وتكملة فتح القدير ٢٢٤/٨، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

[٥] - كذا في (ن، ع)، وفي (م): "اختلفا".

[٦] - سبق تخريجه.

المقيد إذا اجتمعا في حادثة واحدة، ولهما حكم واحد يحمل المطلق على المقيد عند العراقيين، أو يجب العمل بالمقيد، وقوله: "ترادا" يدل على قيام السلعة؛ لأن الرد عبارة عن دفع المأخوذ، والقيمة ليست بمأخوذة.

٢٠٦- وإذا اختلفا في الثمن في هلاك أحد العبدين[١] لم يتحالفا عند أبي حنيفة رحمه الله، والقول قول المشتري مع يمينه، وقال أبويوسف رحمه الله: يتحالفان في الحي ويفسخ فيه، والقول قول المشتري مع يمينه في قيمة الهالك، وقال محمد رحمه الله: يتحالفان فيهما ويفسخ ويرد الحي وقيمة الهالك[٢].

٢٠٧- وتفسير التحالف على قول أبي يوسف: أن يحلف المشتري بالله ما اشتريتها بما يدعيه [البائع، والبائع[٣] يحلف بالله ما بعتها بالثمن

---

[١] - وفي النسخ الثلاث: "المتعاقدين" وهو خطأ والصواب ما كتبناه من الهداية وفتاوى النوازل.

[٢] - يعني إذا باع الرجل عبدين صفقة واحدة، وقبضهما المشتري، فهلك أحدهما ثم اختلفا في الثمن، فقال البائع: بعتهما منك بألفي درهم، وقال المشتري: اشتريتهما منك بألف درهم، لم يتحالفا عند أبي حنيفة رحمه الله، وفي الجامع الصغير: القول قول المشتري فيهما مع يمينه عنده، وقال أبويوسف: يتحالفان في الحي، ويفسخ العقد في الحي، والقول قول المشتري في قيمة الهالك، وقال محمد: يتحالفان عليهما، ويرد الحي وقيمة الهالك، (انظر: تكملة فتح القدير ٢١٩/٨).

[٣] - "البائع" ساقط في (ن، ع).

الذي يدعيه[1] ] المشتري[2]، والإجارة في حق التحالف بمنزلة البيع، والجامع بينهما عقد معاوضة يفسخ ويقال[3].

---

[1] – ما بين القوسين ساقط في (ن).

[2] – أما تفسير التحالف على قول محمد وهو ما سبق أي يحلف بالله ما باعه الـخ (تكملة فتح القدير ٨/٢٣١، دار الكتب العلمية).

[3] – وفي (م): "تفسخ ويقال".

# فصل في ما يدفع الخصومة

٢٠٨- إذا قال المدعى عليه[١]: هذا الشيء أودعنيه فلان الغائب أو رهنه عندي، أو غصبته منه[٢]، أو أعارنيه أو آجرنيه[٣]، أو دفع إليّ رجل أعرفه بوجهه دون نسبه، وأقام البينة على ذلك تندفع الخصومة عنه[٤]؛ لأنه أثبت أن يده ليست بيد خصومة، و كذا لو قال الشهود ذلك[٥]

---

[١] - يعني إذا ادعى رجل عيناً في يد رجل أنه ملكه فقال المدعى عليه الذي هو ذو اليد: هذا الشيء أودعنيه فلان الغائب الخ.

[٢] - "أو غصبته منه" ساقط في (ن، ع).

[٣] - وفي (م): "أو أجارني".

[٤] - أي فلا خصومة بينه وبين المدعي وقال ابن شبرمة: لا تندفع الخصومة وإن أقام البينة على ما قال، وقال ابن أبي ليلى: تندفع بمجرد إقرار المدعى عليه للغائب بدون إقامة البينة، وقال أبويوسف: إن كان الرجل صالحاً فالجواب كما قلناه، أي تندفع عنه الخصومة بإقامة البينة، وإن كان معروفاً بالحيل لا تندفع عنه الخصومة، وإن أقام البينة فكما قال ابن شبرمة (ر: العناية وتكملة فتح القدير ٢٥٠/٨-٢٥٢، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

[٥] - أي لو قال الشهود نعرفه الرجل الذي أودعه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه (تكملة فتح القدير ٢٥٣/٨، دار الكتب العلمية).

وقال صاحب العناية: إذا شهد الشهود فإما أن يقولوا أودعه فلان يعرفونه باسمه ونسبه، أو رجل مجهول لا نعرفه أو رجل نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه ففي الفصل الأول تقبل شهادتهم، وفي الثاني لا تقبل بالاتفاق، والثالث كالثاني عند محمد، وكالأول عند أبي حنيفة، وهذه خمسة أقوال فلهذا لقبت المسألة بمخمسة، وقال قاضي زاده: هذه المسألة من بين مسائل

[لا تندفع عنه الخصومة][1] عند محمد رحمه الله، وإن قال الشهود: أودعه رجل لا نعرفه بوجهه[2] لا تندفع الخصومة لاحتمال أن يكون [المودع][3] هو هذا المدعي، وإن قال: اشتريته من غائب لا تندفع الخصومة[4].

٢٠٩- وإن قال المدعي: غصبته مني أو سرقته لا تندفع[5].

٢١٠- وإن قال المدعي: سُرِق مني، أو غُصِب مني لم تندفع الخصومة في السرقة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله[6]، وفي

---

الدعوى تسمى مخمسة كتاب الدعوى، إما لأن فيها خمسة أقوال... وهي قول ابن شبرمة، وقول ابن أبي ليلى، وقول أبي يوسف، وقول محمد، وقول أبي حنيفة، وإما لأن فيها خمس صور، وهي: الإيداع، والإعارة، والإجارة، والرهن، والغصب، ... واعلم أن هذا الاختلاف إنما يكون إذا كانت العين قائمة في يد المدعى عليه، وأما إذا هلكت فلا تندفع عنه الخصومة وإن أقام البينة (العناية وتكملة فتح القدير ٨/٢٥٠-٢٥٤، دار الكتب العلمية).

[1] - ما بين القوسين زدناه تصحيحاً للمسألة، وانظر للتفصيل الهداية، والعناية مع تكملة فتح القدير ٨/٢٥٠، ٢٥٢، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان.

[2] - أي لا نعرفه أصلاً، لا باسمه ولا بنسبه ولا بوجهه لا تندفع عنه الخصومة بالاتفاق (تكملة فتح القدير ٨/٢٥٢، دار الكتب العلمية).

[3] - ما بين القوسين زدناه من الهداية (الهداية مع تكملة فتح القدير ٨/٢٥٣، دار الكتب العلمية).

[4] - أي إن قال المدعى عليه: اشتريت هذا الشيء من الغائب فهو خصم المدعي.

[5] - وإن أقام ذو اليد البينة على الوديعة، لأنه إنما صار خصماً بدعوى الفعل أي الغصب أو السرقة عليه (الهداية مع تكملة فتح القدير٨/٢٥٤ دار الكتب العلمية).

[6] - أي لو قال المدعي: سرق مني هذا الشيء على صيغة المجهول، وقال صاحب اليد: أودعنيه فلان، وأقام البينة لم تندفع الخصومة عند أبي حنيفة

الغصب تندفع؛ لأن في السرقة حدّاً، فذكر لفظ ما لم يسم فاعله احترازاً عن الهتك.

٢١١- وإن قال المدعي: ابتعته من فلان، وقال صاحب اليد: أودعنيه[١] فلان ذلك، سقطت الخصومة، وتسمى هذه المسئلة مخمسة[٢].

٢١٢- ومن ادعى على آخر مالاً، فقال: ما كان لك[٣] علي شيء قط، فأقام المدعي البينة [وأقام هو بينة][٤] على القضاء[٥] قبلت بينته، وكذا على الإبراء[٦]؛ لأن التوفيق ممكن؛ لأن غير الحق قد يقضى ويبرأ منه،

---

وأبي يوسف، وقال محمد: تندفع الخصومة، لأن المدعي لم يدع الفعل عليه فصار كما إذا قال المدعي: غصب مني على ما لم يسم فاعله يعني أن التجهيل أفسد دعوى السرقة فبقي دعوى الملك فتندفع الخصومة بإثبات الوديعة، ولهما أن ذكر الفعل يعني السرقة يستدعي الفاعل لا محالة، والظاهر أن الفاعل هو الذي في يده إلا أن المدعي لم يعين الفاعل، رأ للحد وإقامة لحسبة الستر بخلاف الغصب، لأنه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه (الهداية وتكملة فتح القدير ٢٥٤/٨، ٢٥٥، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[١] – وفي (م): "أودعه".

[٢] – هكذا في النسخ الثلاث وهو سبق قلم، لأن المسألة المخمسة قد سبق ذكرها في الصفحة السابقة.

[٣] – وفي (ن، ع): "ذلك".

[٤] – ما بين القوسين زدناه من الجامع الصغير.

[٥] – وفي (ن، ع): "الفضل".

[٦] – وفي (ع): "وكذا على الأصل".

ولو قال: لا أعرفك، لا تقبل للتناقض، وقال زفر رحمه الله:[1] لا تقبل بينته على القضاء ولا على الإبراء لتعذر[2] التوفيق؛ لأن المعاملة لا تكون بينهما بدون المعرفة، وذكر القدوري أنه تقبل أيضاً؛ لأن المحتجب والمخدرة[3] يأمر وكيله بأدائه دفعاً للشغب[4] وهولا يعرفه[5].

---

[1] – وفي (ن،ع): "لا يقبل للتناقض ولو قال: "لا أعرفك" وفي (م): سقط ولعل الصواب ما كتبناه.

[2] – كذا في (ن،ع). وفي (م): غير واضح.

[3] – وفي النسخ الثلاث : "المحذرة"، والصواب ما كتبناه.

[4] – وفي (ن، ع): "للسغب".

[5] – قال محمد في الجامع الصغير: رجل ادعى على آخر مالا فقال: ما كان لك علي شيء قط، فأقام المدعي البينة، وأقام هو بينة على القضاء، قبلت بينته، وإن قال: ما كان لك علي شيء قط، ولا أعرفك، لم تقبل بينته على القضاء. وقال عبد الحي اللكنوي في شرحه: قوله: "قبلت بينته" لأنه لا منافاة بينهما، لوضوح التوفيق لعله قضاه دفعاً لخصومة، مع أنه لم يكن عليه شيء، فيوجد صورة القضاء أو لعله صالحه على مال دفعاً لخصومة فثبت عليه المال، ثم قضاه بعد ذلك، فكان التوفيق ممكنا من هذا الوجه، وقوله: "لم تقبل بينته" لأنه لا يتصور أن يكون بين رجلين خصومة قضاء أو مصالحة، ولا يعرف أحدهما صاحبه فيبطل التوفيق، وذكر القدوري عن أصحابنا أن بينة القضاء في هذه المسألة أيضاً تقبل، لأن التوفيق ممكن بأن الرجل يدعي على رجل محتجب، أو امرأة محتجبة فيؤذيه بالشغب على باب الدار، فيأمر بعض وكلائه أن يعطيه ما يرضيه، فيكون قد قضاه وهو لا يعلم، ثم علم بذلك (الجامع الصغير مع شرحه النافع الكبير ص:٣٨٧، كتاب القضاء، باب الدعوى، إدارة القرآن كراتشي).

# فصل فيما يدعيه الرجلان[1]

٢١٣- وإذا ادعى اثنان عيناً في يد رجل، كل واحد منهما يزعم أنها له، وأقاما[2] البينة، قضي بها بينهما، وقال الشافعي رحمه الله في قول: تهاترت[3] البينتان، وفي قول: يقرع بينهما؛ لأن إحدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في الكل في حالة واحدة، وقد تعذر التمييز بينهما، فيتهاتران[4]، أو يصار إلى القرعة؛ لأن النبي -ﷺ- [أقرع] في مثل هذه الحادثة وقال: "[اللهم][5] أنت الحكم بينهما"[6]، ولنا أن

---

[1] - وفي (م): "ما يدعيه الرجلان" ساقط.

[2] - وفي (م): "وأقام".

[3] - أي تساقطا وبطلتا، مأخوذ من الهتر وهو السقط من الكلام والخطأ فيه، وقيل: كل بينة لا تكون حجة شرعاً فهي من التهاتر (المغرب باب الهاء ص: ٤٩٨، دار الكتاب العربي بيروت – لبنان).

[4] - وفي (ن، ع): "فهاتريا" وهو خطأ.

[5] - ما بين المعقوفتين زدناه من الهداية انظر الهداية مع تكملة فتح القدير ٢٥٨/٨، دار الكتب العلمية.

[6] - عن أبي هريرة أن رجلين اختصما إلى رسول الله -ﷺ- فجاء كل واحد منهما بشهود عدول، وفي عدة واحدة فساهم بينهما رسول الله -ﷺ- وقال: اللهم اقض بينهما وروى عبد الرزاق في مصنفه مرسلاً، أن النبي -ﷺ- قضى أن الشهود إذا استووا أقرع بين الخصمين (نصب الراية ٢٣٦/٤، ٣٣٧، دار الكتب العلمية، باب ما يدعيه الرجلان).

النبي -ﷺ- قضى في ناقة بينهما في مثل هذا[1]، وحديث القرعة في مثل هذه منسوخ[2].

٢١٤- دار عشر بيوت منها في يد رجل، وبيت واحد في يد رجل[3]، فالساحة بينهما نصفان لاستوائهما في المرور[4].

٢١٥- وإن ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة، وأقاما البينة لم يقض بواحدة من البينتين؛ لأن المحل لا يقبل الشركة، ويرجع إلى تصديق المرأة لأحدهما؛ لأن النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين[5]، وإن وقتا وقتاً، فصاحب الأقدم[6] أولى، وإن أقرت لأحدهما قبل إقامة البينة فهي امرأته لتصادقهما، ثم أقام الآخر البينة قضي بها[7]؛ لأن

---

[1] - عن أبي موسى الأشعري أن رجلين ادعيا بعيراً على عهد النبي -ﷺ-، فبعث كل واحد منهما شاهدين، فقسمه النبي -ﷺ- بينهما نصفين، (رواه أبوداود في الأقضية وقال الحاكم صحيح على شرط الشيخين كما في نصب الراية ٢٣٨/٤ دار الكتب العلمية).

[2] - يعني أنه كان في ابتداء الإسلام وقت إباحة القمار ثم نسخ بحرمة القمار، لأن تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق ابتداء، فكما أن تعليق الاستحقاق بخروج القرعة قمار فكذلك تعيين المستحق كذا في تكملة فتح القدير ٢٥٨/٨، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان.

[3] - وفي (ن، ع): "دار عشر بيوت فيها في يد رجل واحد، فالساحة "... ولعله خطأ.

[4] - الهداية مع تكملة فتح القدير ٣٠٣/٨ فصل في التنازع بالأيدي دار الكتب العلمية.

[5] - هذا إذا لم تؤقت البينتان كما في الهداية مع تكملة فتح القدير ٢٦٠/٨، دار الكتب العلمية.

[6] - كذا في (ن، ع)، وفي (م): "صاحب الإقدام".

[7] - وفي (م): "قضى له".

البينة أقوى [من الإقرار][1]، وإن أقام أحدهما البينة وقضي له، ثم أقام الآخر البينة، لم يقض له؛ لأنه صح القضاء للأول بما هو أقوى، فلا ينقض بما دونه[2]، إلا أن يشهدوا سبقه[3]؛ لأنه ظهر الخطأ. وكذا لا تقبل بينة الخارج في منكوحة رجل بنكاح ظاهر وكانت في يده، إلا على وجه السبق[4]، وإن

---

[1] – ما بين القوسين زدناه من الهداية.

[2] – لأن الأولى تأكدت بالقضاء.

[3] – إلا أن يؤقت شهود الثاني سابقاً، فإنه يقضى حينئذ بما ادعاه الثاني، لأنه ظهر الخطأ في الأول بيقين حيث ظهر أنه تزوج منكوحة الغير (تكملة فتح القدير ٢٦٢/٨، باب ما يدعيه الرجلان ط دار الكتب العلمية).

[4] – قال المصنف في الهداية: إذا كانت المرأة في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج إلا على وجه السبق، هذا أوضح وقال شارحه نقلاً عن المبسوط: ولو تنازع رجلان في امرأة كل واحد منهما يدعي أنها امرأته ويقيم البينة، فإن كانت في بيت أحدهما، أو كان دخل بها فهي امرأته، لأن البينتين إذا تعارضتا على العقد تترجح إحداهما بالقبض، كما لو ادعى رجلان تلقي الملك في عين من ثالث بالشراء، وأحدهما قابض، وأقاما البينة كانت بينة صاحب اليد أولى، لأن فعل المسلم محمول على الصحة والحل ما أمكن، والإمكان ثابت هنا بأن يجعل نكاح الذي دخل بها ثابتاً حين دخل، وهذا لأن تمكنه من الدخول بها، أو من نقلها إلى بيته دليل سبق عقده، ودليل التاريخ كالتصريح بالتاريخ، إلا أن يقيم الآخر البينة أنه تزوجها قبله، فحينئذ سقط اعتبار الدليل في مقابلة التصريح بالسبق، وإن لم تكن في يد أحدهما فأيهما أقام البينة أنه أول فهو أحق بها، لأن شهوده شهدوا بسبق التاريخ في عقده، والثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة، أو بإقرار الخصم، وإن لم يكن لهما على ذلك بينة، فأيهما أقرت المرأة أنه تزوجها قبله، أو أنه تزوجها دون

أقام الخارج، وصاحب اليد البينة على النتاج، فصاحب اليد أولى[1]؛ لأنهما استويا فيه، وترجح بينة صاحب اليد[2]؛ لأن النكاح سبب كالشراء فيقضى له، وهو الصحيح، وقيل: تهاترت البينتان[3] ويترك في يده لا على وجه القضاء[4].

---

الآخر فهي امرأته، إما لأن بينته تترجح بإقرارها له كما بينا في جانب الزوج، أو لأن البينتين لما تعارضتا وتعذر العمل بهما بقي تصادق أحد الزوجين مع المرأة على النكاح فيثبت النكاح بينهما بتصادقهما، كذا في النهاية... واعلم أن هذا كله إذا تنازعا حال حياة المرأة، وأما إذا كان بعد وفاتها فهو على وجوه، ولا يعتبر فيه الإقرار واليد، فإن أرخّا، وتاريخ أحدهما أسبق يقضى بالنكاح، والميراث له، ويجب عليه تمام المهر، وإن لم يؤرخا، أو أرخّا على السواء، فإنه يقضى بالنكاح بينهما، ويجب على كل واحد من الزوجين نصف المهر، ويرثان منها ميراث زوج واحد، والفرق أن المقصود في حال الحياة هي المرأة، وهي لا تصلح للشركة، والمقصود بعد الوفاة هو الميراث (انظر تكملة فتح القدير: ٢٦١/٨، كتاب الدعوى باب ما يدعيه الرجلان، دار الكتب العلمية بيروت لبنان).

[1] – سواء أقام صاحب اليد بينة على دعواه قبل القضاء بها للخارج أو بعده كذا في تكملة فتح القدير ٢٧٨/٨، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان.

[2] – وفي الهداية: "وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له، أي لذي اليد، سواء كان ذلك قبل القضاء بها للخارج أو بعده" (الهداية وتكملة فتح القدير ٢٧٨/٨، كتاب الدعوى باب ما يدعيه الرجلان، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[3] – وفي (ن، ع): "البينات".

[4] – هذا قول عيسى بن أبان، لا على وجه القضاء، أي لا على طريق قضاء الاستحقاق بل على طريق قضاء الترك، وجه قوله: إن القاضي يتيقن بكذب

٢١٦- ولو أقام أحدهما البينة[١] على الملك المطلق، وأقام الآخر البينة على النتاج، فصاحب النتاج أولى أيهما[٢] كان؛ لأن بينته قامت على أولية الملك، فلا يثبت الملك للآخر إلا بالتلقي منه.

٢١٧- وكذا لو كانت الدعوى بين خارجين، فبينة النتاج أولى أيضاً، وإن قضي بالنتاج لصاحب اليد، ثم أقام ثالث البينة على النتاج، يقضى له، إلا أن يعيد ذو اليد دعوى النتاج؛ لأن الثالث لم يكن مقضيا عليه بتلك القضية، وإن أقام كل واحد من الثلاثة[٣] بينة على النتاج من دابة، وأحدهما ذكر تاريخاً وسن الدابة يوافق[٤] أحد التاريخين، فهو أولى.

٢١٨- وكذا كل سبب لا يتكرر فهو في معنى النتاج، كحلب اللبن، واتخاذ الجبن، والزبد[٥] وغير ذلك، وإن كان[٦] يتكرر مثل البناء،

---

أحد الفريقين إذ لا يتصور نتاج دابة من دابتين، وفي مثل هذا تتهاتر البينتان، (انظر الهداية على هامش تكملة فتح القدير ٢٨٠/٨ كتاب الدعوى باب ما يدعيه الرجلان دار الكتب العلمية).

[١] - "البينة" ساقط في (م).

[٢] - أي خارجاً كان صاحب النتاج أو ذا اليد (المصدر السابق)، وفي (ن، ع): "أولى بها".

[٣] - وفي (ن، ع): "كل واحد منهما بينة على النتاج".

[٤] - وفي (ن، ع): "يوافقه".

[٥] - كذا في (ن، ع)، وفي (م): "اللبد".

[٦] - "كان" ساقط في (ن، ع).

والغرس، وزراعة الحبوب فهو يقضى للخارج، وإن أشكل يرجع إلى أهل الخبرة، وإن أشكل عليهم يقضى للخارج[1].

٢١٩- وإذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان أحدهما جميعها، والآخر نصفها، وأقاما[2] البينة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها، ولصاحب النصف ربعها عند أبي حنيفة رحمه الله بطريق المنازعة[3]، وقالا: هي بينهما أثلاثاً بطريق العول[4]، ولو كانت في أيديهما سلم لصاحب الجميع

---

[1] - قال في الهداية: وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر، لأنه في معنى النتاج كحلب اللبن، واتخاذ الجبن، واللبد، والمرعزي، وجز الصوف، وإن كان يتكرر قضي به للخارج بمنزلة الملك المطلق وهو مثل الخز، والبناء، والغرس، وزراعة الحنطة، والحبوب، فإن أشكل يرجع إلى أهل الخبرة لأنهم أعرف به، فإن أشكل عليهم قضي به للخارج، لأن القضاء ببينته هو الأصل، والعدول عنه بخبر النتاج، فإذا لم يعلم يرجع إلى الأصل، (الهداية مع تكملة الفتح ٨/٢٨١، ٢٨٢ دار الكتب العلمية).

[2] - وفي (م): "وإن أقاما".

[3] - لأن صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فسلم له بلا منازع، واستوت منازعتهما في النصف الآخر، فينصف بينهما فتجعل الدار على أربعة لحاجتنا إلى حساب، له نصف ولنصفه نصف، وأقله أربعة، (انظر تكملة فتح القدير ٨/٢٧٦).

[4] - فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين، أي يأخذ بحسب كل حقه سهمين، وصاحب النصف يضرب بسهم واحد فتقسم أثلاثاً، ثلثاها لمدعي الجميع وثلثها لمدعي النصف (الهداية مع تكملة فتح القدير ٨/٢٨٨، ٢٨٩، دار الكتب العلمية).

نصفها على وجه القضاء، ونصفها لا على وجه القضاء؛ لأنه خارج في النصف فتقبل بينته، والنصف الذي في يديه، صاحبه لا يدعيه[1].

٢٢٠- وإذا كان الحائط لرجل عليه جذوع أو متصل ببنائه ولآخر عليه هرادي[2]، فالحائط لصاحب الجذوع؛ لأنه صاحب استعمال[3]، والآخر صاحب تعلق، كدابة تنازع فيها[4] اثنان فلأحدهما حمل، وللآخر

---

[1] - قال في الهداية: ولو كانت في أيديهما سلم لصاحب الجميع، نصفها على وجه القضاء ونصفها لا على وجه القضاء، لأنه خارج في النصف فيقضى ببينته، والنصف الذي في يديه، صاحبه لا يدعيه، لأن مدعاه النصف، وهو في يده سالم له، ولو لم ينصرف إليه دعواه كان ظالماً بإمساكه، ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده (الهداية مع تكملة فتح القدير ٢٩٠/٨ في أواخر باب ما يدعيه الرجلان).

[2] - هرادي بفتح الهاء جمع هردية بضمها، وفي المغرب: الهردية عن الليث: قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم، وقال ابن السكيت: هو الحردي، ولا تقل هردى، (انتهى). وفي الصحاح: الحردي من القصب نبطي معرب، ولا تقل هردي (انتهى). وصحح في الديوان: الهاء والحاء جميعاً، وكذا في القاموس. وقال في غاية البيان: الرواية في الأصل والكافي للحاكم الشهيد بالحاء، وفي الجامع الصغير وشرح الكافي وقعت بالهاء لا غير (تكملة فتح القدير ٢٩٧/٨، كتاب الدعوى فصل في التنازع بالأيدي).

[3] - أي هو صاحب استعمال للحائط بوضع الجذوع عليه، لأن الحائط إنما يبنى للتسقيف وذا بوضع الجذوع عليه، وصاحب الهرادي صاحب تعلق لا صاحب استعمال، لأن الحائط لا يبنى لوضع الهرادي عليه (تكملة فتح القدير ٢٩٧/٨، كتاب الدعوى، فصل في التنازع بالأيدي).

[4] - وفي (م): "تنازعا فيه".

كوز معلق بها[1]، والهرادي ليست بشيء، حتى لو تنازعا في حائط ولأحدهما عليه هرادي وليس للآخر عليه شيء، فهو بينهما.

---

[1] – فإنها تكون لصاحب الحمل دون صاحب الكوز كذا هاهنا (تكملة فتح القــدير ٢٩٧/٨، دار الكتب العلمية).

# فصل

٢٢١- وإذا اختلف الزوجان في متاع البيت، فما يصلح للرجال[١]، فهو للرجل، وما يصلح للنساء فهو للمرأة، وما يصلح لهما فهو للرجل؛ لأن الدار وما فيها في يده[٢].

٢٢٢- وإن مات أحدهما واختلف الورثة مع الآخر، فما يصلح لهما فهو للباقي منهما، وقال أبو يوسف: للمرأة ما يجهز مثلها، والباقي للزوج أو لورثته، و يسمى هذه المسئلة مسبعة أي فيها سبعة أقاويل:

وقال محمد رحمه الله: المشكل[٣] للرجل في الموت، وقال زفر رحمه الله: المشكل بينهما، وقال مالك والشافعي رحمهما الله: الكل بينهما نصفان في الفرقة والموت، وقال ابن أبي ليلى: الكل للرجل، وللمرأة ثياب[٤] بدنها، وقال الحسن البصري: على عكسه[٥].

---

[١] - كذا في (ن، ع): وفي (م): "للرجل" أي مع اليمين، وكذا في جانب المرأة (تكملة فتح القدير ٢٤٧/٨، كتاب الدعوى باب التحالف).

[٢] - كذا في الهندية ١/ ٣٢٩ .

[٣] - هو ما يصلح للرجل والمرأة، وفي تكملة فتح القدير: قال محمد: ما كان للرجال فهو للرجل، وما كان للنساء، فهو للمرأة وما يكون لهما فهو للرجل إن كان حياً، ولورثته إن كان ميتاً (تكملة فتح القدير ٢٤٨/٨ باب التحالف).

[٤] - وفي (ن، ع): "اثبات"، ولعله خطأ.

[٥] - ر: الفتاوى الهندية ٣٢٩/١.

٢٢٣- ولو اختلفا في غزل أو كرباس ينظر إن كان القطن للزوج فهو للزوج، وإن كان القطن للمرأة فهو للمرأة، وإن لم يعلم فالقول قول المرأة وورثتها، فإن اختلفا في القطن، فالقول قول المرأة ظاهراً؛ لأن الزوج لا يغزل القطن.

# فصل في دعوى النسب[1]

٢٢٤- وإذا باع جارية فولدت في يد المشتري لأقل من ستة أشهر من يوم باع، فادعاه البائع فهو ابنه، وأمه أم ولد له، فينفسخ[2] البيع و يرد الثمن استحساناً، وفي القياس وهو قول زفر، والشافعي رحمهما الله: لا تصح دعواه؛ لأن البيع اعتراف منه بأنه عبد، فكان دعواه مناقضاً لأوله، ولا نسب بدون الدعوى، وجه الاستحسان أن مبنى النسب على الخفاء[3] ولا يمنع التناقض[4].

---

[1] - وفي (م): "فصل في دعوى النسب" ساقط.

[2] - وفي (ن، ع): "ويفسخ".

[3] - وفي (ن، ع): "الخيار"، ولعله خطأ.

[4] - وفي الهداية: فيعفى فيه التناقض، أي لا يمنع صحة الدعوى، كما أن الزوج إذا أكذب نفسه بعد قضاء القاضي بنفي النسب باللعان يثبت منه النسب ويبطل حكم الحاكم ولا ينظر إلى التناقض لمكان الخفاء في أمر العلوق وفي التكملة: وجه الاستحسان الذي نعمل به في هذه المسألة، أن اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه، يعني أنا تيقنا باتصال العلوق بملك البائع، وهذا شهادة ظاهرة على كون الولد من البائع، لأن الظاهر عدم الزنا، فنزل ذلك منزلة البينة في إبطال حق الغير عنها وعن ولدها، ومبنى النسب على الخفاء، هذا جواب عن التناقض، لأن الإنسان قد لا يعلم ابتداء بكون العلوق منه ثم يتبين أنه منه (تكملة فتح القدير ٣٠٦/٨ باب دعوى النسب، دار الكتب العلمية).

٢٢٥- وإن ادعى[١] المشتري مع دعوة البائع أو بعده، فدعوى[٢] البائع أولى، لأنه أسبق استناداً[٣].

٢٢٦- ومن ادعى نسب أحد التوأمين يثبت[٤] نسبهما[٥][منه][٦]؛ لأن التوأمين لا يتفاصلان[٧].

٢٢٧- وولد المغرور حر بإجماع الصحابة رضي الله عنهم، وهو أن الرجل وطئ امرأة معتمداً على ملك يمين[٨] أو نكاح فتلد منه، ثم استحقت الجارية غرم الأب قيمة الولد يوم يخاصم، و فيه نظر للجانبين، ولو مات الولد لا شيء على الأب لانعدام المنع، وكذا[٩] إن ترك الابن

---

[١] - وفي (ن، ع): "وإن ادعاة".

[٢] - وفي (ن، ع): "فدعوة البائع".

[٣] - أي أسبق لاستنادها إلى وقت العلوق، وهذه دعوة استيلاد، كذا في الهداية ٢٢٦/٣.

[٤] - "يثبت" ساقط في (ن، ع).

[٥] - لأنهما من ماء واحد، فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر، وهذا لأن التوأمين ولدان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر، فلا يتصور علوق الثاني حادثاً، لأنه لا حبل لأقل من ستة أشهر (الهداية ٢٢٨/٣).

[٦] - ما بين القوسين زدناه من الهداية.

[٧] - وفي (ن، ع): "يتطاضلان" تحريف.

[٨] - بأي سبب كان مثل الشراء والهبة والصدقة، والوصية، كذا في تكملة فتح القدير ٣٢٨/٨، دار الكتب العلمية.

[٩] - "وكذا" في النسخ الثلاث ساقط، وأثبتناه من الهداية (انظر: الهداية ٢٣٠/٣) يعني: لو ترك ولد المغرور مالاً ميراثاً لأبيه، فأخذه أبوه لا يجب على الأب

مالاً؛ لأن الإرث ليس ببدل عنه، والمال لأبيه، لأنه حر الأصل في حقه فيرثه.

٢٢٨- ولو قتله الأب يغرم قيمته له لوجود المنع، وكذا لو[١] قتله غيره فأخذ ديته يضمن قيمته؛ لأن سلامة بدله له كسلامته[٢]، ومنع بدله[٣] كمنعه، ثم يرجع بقيمته الولد على بائعه؛ لأنه غره فيه، بخلاف العقر فإنه يضمنه ثم لا يرجع عليه؛ لأن العقر بدل استيفاء منافعها.

٢٢٩- وأما العبد أو المكاتب إذا تزوج امرأة بإذن مولاه، فولدت منه ثم استحقت فالولد رقيق، وقال محمد رحمه الله: يصير الولد حرّاً بالقيمة كما في الحر، ويؤخذ العقر من المكاتب في الشراء في الحال، وفي النكاح بعد العتق، وكذا في العبد المأذون.

---

للمستحق من قيمة الولد شيء، لأن المنع لم يتحقق لا عن الولد ولا عن بدله (انظر: تكملة فتح القدير ٣٢٩/٨، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[١] – "لو" ساقط في (م)، وأثبتناه من (ن،ع).

[٢] – أي سلامة بدل الولد وهو ديته للأب كسلامة الولد نفسه ومنع بدل الولد كمنع الولد نفسه كما لو كان حياً، ويرجع الأب بما ضمن من قيمة الولد على بائعه، لأنه ضمن له سلامته، لأنه جزء المبيع والبائع قد ضمن للمشتري سلامة المبيع بجميع أجزائه كما يرجع بثمنه (العناية وتكملة فتح القدير ٢٩/٨، ٣، ٣٣٠، قبيل كتاب الإقرار، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[٣] – وفي (ن، ع): "بدلا"، مكان "بدله".

# كتاب الإقرار

٢٣٠- الإقرار هو الإثبات لغةً، يقال: أقر الشيء إذا ثبت[١].

٢٣١- وفي الشريعة هو إخبار عما كان ثابتاً قبله، وهو يحتمل الصدق والكذب، إلا أن جهة الصدق راجحة على الكذب[٢]؛ لأنه غير متهم فيما يقرّ به على نفسه، وهو حجة قاصرة على المقرّ لقصور ولايته على نفسه دون غيره بخلاف البينة، فإنها إنما تصير حجة بالقضاء بها لعموم ولاية القاضي على العامة، وأنه حجة ملزمة حتى لا

---

[١] - قال في القاموس المحيط: الإقرار: الإذعان للحق (انظر القاموس المحيط: ٥٩٣) وقال قاضي زاده: أما الإقرار لغةً فهو إفعال من قرّ الشيء: إذا ثبت، فالإقرار إثبات لما كان متزلزلاً بين الإقرار والجحود، كذا في النهاية ومعراج الدراية، وأما شريعةً فهو إخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه، كذا في الكافي وعامة المتون والشروح (تكملة فتح القدير ٣٣١/٨) وقال في العناية: الإقرار مشتق من القرار فكان في اللغة عبارة عن إثبات ما كان متزلزلاً، وفي الشريعة عبارة عن الإخبار عن ثبوت الحق (العناية على هامش تكملة فتح القدير ٣٣١/٨، دار الكتب العلمية).

[٢] - قال في العناية: وتحقيقه أن الإقرار خبر متردد بين الصدق والكذب، فكان محتملاً، والمحتمل لا يصلح حجة، ولكن جعل حجة بترجح جانب الصدق بانتفاء التهمة فيما يقر به على نفسه (انظر العناية على هامش تكملة فتح القدير ٣٣٥/٨، دار الكتب العلمية).

يصح الرجوع عنه إلا في الحدود، وإنما صار حجة لحديث إقرار ماعز رضي الله عنه بالزنا[1].

٢٣٢- ولا يحتاج صحته إلى القبول إلا أن المقر له إذا ردّه يرتد بردّه تحرزاً عن لحوق منة الغير، فإذا سكت صحّ إقراره.

٢٣٣- خمس مسائل لا يحتاج إلى القبول: الإقرار، والإبراء، والتوكيل ببيع عبده، وهبة الدين لمن عليه الدين، والوقف، فإذا سكت في هذه المسائل يثبت الحكم وإن ردّه يرتد، إلا في الوقف عند البعض، بخلاف الطلاق، والعتاق، والميراث لا يرتد بالرد.

٢٣٤- ولو قال: لك عليّ ألف درهم، وقال المقر له: ليس عليك شيء، يرتد برده، حتى لو قال بعده في مكانه: لي عليك ألف درهم لا يصح؛ لأنه دعوى، فلا بد من البينة أو التصديق.

٢٣٥- ويصح الإقرار بالمعلوم والمجهول، فجهالة المقر به لا تمنع صحته[2]؛ لأن الحق قد يكون معلوماً[3] وقد يكون مجهولاً، بأن أتلف مالاً لا يدري قيمته، أو يجرح[4] جراحة لا يدري إرشها فيصح إقراره، ثم يجب بيانه وإظهاره.

---

[1] - رواه الإمام البخاري في صحيحه والإمام مسلم.

[2] - يعني لو كان المقر به مجهولاً بأن قال المقر: لفلان علي شيء أو حق يصح الإقرار ويلزمه ما أقر به كذا في تكملة فتح القدير ٣٣٨/٨، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان.

[3] - سقط في (ن، ع): "قد يكون معلوماً".

[4] - وفي (ن، ع): "الجرح". وهو خطأ.

٢٣٦- ولو قال له: عليّ حق، ثم قال له: عنيت به حق الشرع، لا يصدق.

٢٣٧- أما جهالة المقر له[١] تمنع صحته؛ لأن المجهول لا يستحق، وهذا إذا كان متفاحشاً، مثلا: إن هذا العين لواحد من الناس.

ولو قال: لأحد هذين الرجلين يصح؛ لأنه لم يكن متفاحشاً، وكذا الشهادة؛ لأنه لا حاجة إلى أداء الشهادة، بخلاف الإقرار فإنه محتاج إليه تفريغاً لذمته؛ لأن الشهادة لا توجب الحق إلا بانضمام القضاء إليها، والقاضي لا يتمكن من القضاء بالمجهول.

٢٣٨- وحرية المقر شرط في صحة الإقرار[٢]، لأن إقرار العبد يقع على مالية المولى بخلاف العبد المأذون؛ لأنه مسلط عليه من جهته، وإنما يصح إقراره بالحدود والقصاص لعدم التهمة فيه.

٢٣٩- وكذا العقل والبلوغ شرط فيه، حتى يكون أهلاً للالتزام، ولو قال: جميع ما في يدي لفلان يصح إقراره.

٢٤٠- وإذا أقر لآخر بشيء، فصدقه المقر له فيه[٣]، وهو يعلم

---

[١] - "المقر له" ساقط في (ن، ع).

[٢] - خالفه الزيلعي وقال: كون المقر حراً ليس بشرط حتى يصح إقرار العبد، وينفذ في الحال فيما لا تهمة فيه كالحدود والقصاص، وفيما فيه تهمة لا يؤاخذ فيه في الحال، لأنه إقرار على الغير وهو المولى، ويؤاخذ به بعد العتق لزوال المانع وهو نظير ما إذا أقر الحر لإنسان بعين مملوكة لغيره لا ينفذ للحال، وإذا ملكها يؤمر بتسليمها إلى المقر له لزوال المانع، (حاشية جلبي في هامش تكملة الفتح ٨/٣٢٠).

[٣] - "فيه" ساقط في (ن، ع).

بخلافه لا يحل أخذه منه فيما بينه وبين الله تعالى.

٢٤١- ولو قال: لفلان عليّ شيء، لزمه أن يبين ماله قيمة؛ لأنه أخبر عن الوجوب في ذمته بكلمة "عليّ"، ولا يجب في الذمة ما لا قيمة له، والقول قوله فيه مع يمينه إن ادعى المقر له أكثر من ذلك؛ لأنه هو المنكر، وكذا لو قال: لفلان عليّ حق[١]، وكذا لو قال: غصبت منه شيئاً[٢]، واختلفوا فيما إذا أقر أنه غصب زوجته[٣] أو ولده، والأصح أنه لا يقبل[٤]، وإذا قال له[٥]: عليّ مال فالمرجع إلى بيانه؛ لأنه هو المجمل[٦]، ويقبل

---

١ - سقط في (ن، ع): "وكذا لو قال: لفلان عليّ حق".

٢ - يعني لو قال: غصبت من فلان شيئاً، صح إقراره، ولزمه البيان أيضاً، والحاصل أن كل تصرف لا يشترط لصحته وتحققه إعلام ما صادفه ذلك التصرف فالإقرار به مع الجهالة صحيح، وذلك كالغصب والوديعة، فإن الجهالة لا تمنع تحقق الغصب والوديعة، فإن من غصب من رجل مالاً مجهولاً في كيس، أو أودعه مالاً مجهولاً في كيس، فإنه يصح الغصب والوديعة، ويثبت حكمهما، وكل تصرف يشترط لصحته وتحققه إعلام ما صادفه ذلك التصرف فالإقرار به مع الجهالة لا يصح، وذلك كالبيع والإجارة (تكملة فتح القدير ٣٤٠/٨، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

٣ - "زوجته" ساقط في (ن، ع).

٤ - ر: تكملة فتح القدير ٣٢٦/٨.

٥ - "له" ساقط في (ن، ع).

٦ - وفي (م): "المجهول" والصواب ما كتبناه كما في الهداية، يعني لو قال أحد في إقراره: لفلان علي مال فالرجوع إلى المقر في بيان قدر المال، لأن المقر هو المجمل والرجوع في بيان المجمل إلى المجمل.

قوله في القليل والكثير؛ لأن[1] اسم المال يقع عليهما، إلا أنه لا ينقص من درهم واحد[2]؛ لأن ما دونه لا يعد مالاً عرفاً.

٢٤٢- وإن قال: مال[3] عظيم لم يصدق في أقل من مأتي درهم؛ لأن النصاب عظيم، وبه يتحقق الغنى وهو عظيم عند الناس، وعن أبي حنيفة لا يصدق في أقل من عشرة دراهم، وهي نصاب السرقة، وهو عظيم أيضاً حيث تقطع به اليد المحترمة[4]. وفي الدنانير التقدير بالعشرين، وفى الإبل بخمس وعشرين[5].

---

[1] - "لأن" ساقط في (ن، ع).

[2] - "واحد" ساقط في (ن، ع).

[3] - "مال" ساقط في (ن، ع).

[4] - وقال شمس الأئمة السرخسي: والأصح على قول أبي حنيفة أنه يبني على حال المقر في الفقر والغنى، فإن القليل عند الفقير عظيم، وأضعاف ذلك عند الغني حقير، وكما أن المائتين عظيم في حكم الزكاة فالعشرة عظيم في حكم قطع يد السارق، وتقدير المهر بها، فوقع التعارض فيرجع إلى حال المقر، كذا في فتاوى قاضي خان (تكملة فتح القدير ٣٤٣/٨، كتاب الإقرار، دار الكتب العلمية).

[5] - أي بعشرين مثقالاً، لأنه نصاب الزكاة في الذهب، وفي الإبل بخمس وعشرين، لأنه أدنى نصاب يجب فيه من جنس الإبل، والحاصل أنه إذا بين بجنس من أجناس الأموال الزكوية فالمعتبر أقل ما يكون نصابا في ذلك الجنس، فإن قيل: ينبغي أن يقدر في الإبل بخمس لأنه تجب فيه شاة، فكان صاحبها بها غنياً، قلنا: هي مال عظيم من وجه حتى يجب فيه الزكاة، وليست بمال عظيم من وجه حتى لا يجب فيها من جنسها، فاعتبرنا ما ذكرنا ليكون عظيماً مطلقاً، إذ المطلق ينصرف إلى الكامل (انظر: تكملة فتح القدير ٣٢٩/٨).

٢٤٣- ولو قال: عليّ مأة ودرهم، لزمه كلها دراهم، وكذا فيما يكال أو يوزن.

٢٤٤- ولو قال: مأة وثوب أو عبد، لزمه ثوب واحد أو عبد واحد، والمرجع في تفسير المائة إليه وهو القياس في الأول[١]، وبه قال الشافعي رحمه الله؛ لأن[٢] المأة مبهمة، والدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة لا تفسيرا لها، فبقيت المأة مبهمة، كما في الفصل الثاني[٣]، وجه الاستحسان، وهو الفرق[٤] أنهم اكتفوا بذكر العدد، كما في قوله: أحد وعشرون[٥] درهماً، والدرهم والمكيل والموزون يثبت دينا في الذمة، فجعلنا العطف [تفسيراً بخلاف الثوب والعبد، لأنه لا يثبت ديناً في الذمة][٦]، فلا يكون تفسيراً، وكذا في قوله: مأة وثوبان، بخلاف قوله: مأة وثلاثة أثواب، حيث يجب[٧]

---

[١] - أي أن لزوم درهم واحد، والرجوع في تفسير المائة إلى المقر هو القياس في الفصل الأول، هو قوله: له علي مائة ودرهم (انظر: تكملة فتح القدير ٣٣٩/٨).

[٢] - وفي (ن،ع): "أن" مكان "لأن".

[٣] - هو قوله: له علي مائة وثوب ونحو ذلك، فلا بد من المصير إلى البيان.

[٤] - وفي (م): "وجه الاستحسان وهو العرف أن الفرق" وفي الهداية: وجه الاستحسان وهو الفرق أنهم استثقلوا تكرار الدرهم في كل عدد واكتفوا بذكره عقيب العددين (الهداية مع تكملة فتح القدير ٣٥٣/٨، كتاب الإقرار، دار الكتب العلمية).

[٥] - وفي (ن،ع): "عشرين".

[٦] - ما بين القوسين ساقط في (م)، وأثبتناه من (ن، ع).

[٧] - "يجب" ساقط في (ن، ع).

كلها ثياب، إذ الأثواب لم تذكر بحرف العطف[1].

٢٤٥- وإن ادعى على رجل ألف درهم، فقال الرجل: اتزنها، أو انتقدها، أو أجلني بها، أو قضيتكها، فهو إقرار منه، لأن الهاء تنصرف إلى الألف المذكورة الموصوفة بالوجوب، والتأجيل إنما يكون في حق واجب، والقضاء يتلو الوجوب. ودعوى الإبراء[2] كالقضاء، أما إذا لم يذكر الهاء[3] به لا يكون إقراراً لعدم انصرافه إلى المذكورة، ولو قال: "كيسه اندر مكن"[4]، لا يكون اقراراً، ولو قال: عليّ ثوب في ثوب، لزماه، بخلاف قوله: درهم في درهم، يلزمه درهم واحد؛ لأن الأول ظرف فيجمع المظروف، والثاني ضرب، والضرب يوجب تكثير الأجزاء، لا تكثير الذات.

٢٤٦- رجل قال لآخر: لي عليك ألف، فقال: ولي عليك ألف مثلها، لا يكون إقراراً؛ لأنه لم يوجد منه إقرار لا صريحاً ولا دلالةً[5]، وعن محمد رحمه الله أنه يكون إقراراً.

٢٤٧- ولو قيل له: لم فعلت كذا؟ فقال: كان كذا في اللوح المحفوظ، يكون إقراراً.

---

[1] - وعليه الفتوى (انظر: الغياثية: ١٧٢).

[2] - وفي (م): "دعوى الاتزان".

[3] - "الهاء" ساقط في (ن، ع).

[4] - وفي (ن، ع): "كسبه اندر مكن".

[5] - وفي (ن، ع): "إقراراً صريحاً ولا أدلة"

# فصل في الاستثناء

٢٤٨- ومن أقر واستثنى شيئاً منه متصلاً بإقراره صحّ الاستثناء[١] ولزمه الباقي، سواءً استثنى الأقل أو أكثر؛ لأن الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا.

٢٤٩- وإن استثنى الجميع لزمه الإقرار وبطل الاستثناء؛ لأنه مابقي بعد الثنيا شيء، فيكون رجوعاً فلا يصح[٢]. وقال الفراء: لا يجوز إستثناء[٣] الأكثر[٤]، وهو قول أبي يوسف، وإن قال: عليّ ثلثة دراهم إلا درهمين إلا واحداً، يلزمه درهمين؛ لأن الاستثناء من الإثبات نفي، ومن النفي إثبات، والمعتبر الطرف الأخير فيه.

٢٥٠- ولو قال: عليّ مأة درهم إلا قفيز حنطة يصح الاستثناء

---

١- ولا بد من الاتصال، لأن الاستثناء بيان تغيير، فيصح بشرط الوصل، وهذا قول عامة العلماء، ونقل عن ابن عباس رضي الله عنهما جواز التأخير، (ر: تكملة فتح القدير ٣٦٨/٨، باب الاستثناء وما في معناه، دار الكتب العلمية).

٢- هذا إذا كان الاستثناء بعين ذلك اللفظ، أما إذا كان بغير ذلك اللفظ فإنه يصح... كما إذا قال: نسائي طوالق إلا نسائي لا يصح الاستثناء، ولو قال: إلا عمرة وزينب وسعاد حتى أتى على الكل صح (العناية مع تكملة الفتح ٣٧٠/٨، باب الاستثناء وما في معناه، دار الكتب العلمية).

٣- كذا في (ن، ع)، وفي (م): "الاستثناء" وهو خطأ.

٤- قال صاحب العناية: وقال الفراء: استثناء الأكثر لا يجوز، لأن العرب لم تتكلم بذلك (هامش الفتح ٣٧٠/٨).

عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله[1]، ولو قال: إلا ثوباً، لم يصح الاستثناء[2]، وقال محمد رحمه الله: لايصح فيهما؛ لأن الاستثناء لا يتحقق في خلاف الجنس عنده، وقال الشافعي رحمه الله: يصح فيهما؛ لأنهما اتحدا جنسا[3] من حيث المالية، ولهما أن المجانسة ثابتة في الأول من حيث الثمنية.

٢٥١- والمكيل والموزون يصلح أن يكون ثمناً، فيصلح أن يكون مستثنى منه، و أما الثوب لا يصلح أن يكون ثمنا، فلا يصلح أن يكون مستثنى منه، فبقي المستثنى من الدراهم مجهولاً جهالة فاحشة،

---

[1] - "عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله" ساقط في (م).

[2] - وفي الخانية: الاستثناء على نوعين: استثناء من حيث القدر، واستثناء من حيث الصفة، إذا أقر الرجل واستثنى ما ليس من جنس المقر به نحو أن يقول: لفلان عليّ دينار إلا درهماً، في القياس لا يصح الاستثناء، وهو قول محمد رحمه الله، وفي الاستحسان، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، إن كان المستثنى شيئاً له مثل من جنسه كالكيلي والوزني والعددي المتقارب بأن قال: لفلان عليّ دينار إلا درهما، أو قال: إلا قفيز حنطة، أو إلا مائة جوز صح الاستثناء، ويطرح عن المقر من المقر به قدر قيمة المستثنى، فإن كانت قيمة المستثنى تأتي على جميع ما أقر به لا يلزمه شيء، وإن لم يكن المستثنى من جنس ما أقر به وليس له مثل من جنسه بأن قال: لفلان عليّ دينار إلا ثوباً، أو قال: إلا شاة لا يصح الاستثناء في قولهم ويلزمه الدينار (الخانية على هامش الهندية ١٤٢/٣، دار الفكر).

[3] - وفي (م): "اتخذا جنسا واحداً".

و[1] يكون استثناء المجهول من المعلوم؛ فلا يصح.

٢٥٢- ومن أقر بشيء وقال: إن شاء الله، متصلاً بإقراره، لم يلزمه الإقرار؛ لأن الاستثناء بمشيئة الله تعالى إما إبطال، أو تعليق، والإقرار لا يحتمل التعليق بالشرط[2] كما لا يحتمل الخيار، بخلاف ما إذا قال: لفلان عليّ مأة درهم إذا مت، أو إذا جاء رأس الشهر، حيث يصح إقراره، لأن هذا تأجيل لا تعليق، حتى لو كذبه المقرله في الأجل يجب في الحال.

٢٥٣- ولو كتب صك فيه ذكر حق، وبيان قدره، وصفته، وأجله[3]، ومن قام بهذا الذكر فهو على ما فيه إن شاء الله تعالى، بطل الصك كله عند أبي حنيفة رحمه الله، لأنه نظم بين كلمات من غير فصل وألحق به الاستثناء فينصرف إلى الكل، وعندهما ينصرف إلى ما يليه؛ لأن الصك إنما يكتب للاستيثاق[4]، فالظاهر أنه لا يريد[5] إلحاقه

---

[1] - وفي (م): "فلا"، والصواب ما كتبناه.

[2] - لأن الاستثناء بمشيئة الله تعالى إما إبطال كما هو مذهب أبـي يوسـف، أو تعليق كما هو مذهب محمد فإن كان الأول وهو الإبطال فقد بطل، وإن كـان الثاني أي التعليق فكذلك، لأن الإقرار لا يحتمل التعليق بالشرط لأن الإقـرار إخبار عما سبق، والتعليق إنما يكون بالنسبة إلى المـستقبل وبينهمـا منافـاة (انظر الهداية والعناية مع تكملة فتح القدير ٣٧٤/٨، باب الاستثناء وما فـي معناه، دار الكتب العلمية بيروت لبنان).

[3] - كذا في (ن، ع). وفي (م): "إحابته".

[4] - وفي (ن، ع): "للاستيناف".

[5] - وفي (ن، ع): "يريد به".

بالكل، ولو بين فرجه بالواو، فلا يلتحق بالكل وهو بمنزلة السكوت فى الكلام[١].

٢٥٤- ولو قال: عليّ ألف من ثمن[٢] خمر أو خنزير لزمه الألف، ولم يقبل تفسيره عند أبي حنيفة رحمه الله وصل أم فصل، وقالا: إن وصل يصح[٣].

٢٥٥- ولو قال: من درهم إلى عشرة، لزمه [ثمانية عند زفر رحمه الله[٤]]؛ [لأن الحد لا يدخل تحت المحدود كالليل فى باب الصوم وهو القياس، وعند أبي حنيفة رحمه الله[٥]] لزمه تسعة، فيلزمه الابتداء حتى يترتب عليه غيره، ووجودها بلزومها، فيلزم ضرورة وقوع مابعده

---

[١] - قوله: وهو أي لو بين فصله وفرجه بالواو فهذا الفصل والفرجة بمنزلة السكوت في الكلام، وبالسكوت ينقطع اتصال الاستثناء فلا يلحق الاستثناء بالكل، (وانظر للتفصيل: مجمع الأنهر ١٠٥/٦، مسائل شتى من كتاب القضاء).

[٢] - "ثمن" ساقط في (ن، ع).

[٣] - لأن تفسيره رجوع عن إقراره، لأن ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجباً على المسلم، وأول كلامه للوجوب والرجوع عن الإقرار باطل، وقالا: إن وصل لا يلزمه شيء، لأن المقر بيّن بآخر كلامه أنه ما أراد بأول كلامه الإيجاب، وصار كما إذا قال في آخره: إن شاء الله، فإنه يصدق هناك إذا وصل فكذا ههنا (انظر العناية وتكملة فتح القدير ٣٨٣/٨، دار الكتب العلمية).

[٤] - ما بين القوسين ساقط في (ن).

[٥] - ما بين القوسين ساقط في (ن، ع).

وتسقط[1] الغاية لعدم الضرورة، وعندهما يلزمه عشرة، دلالة إظهار السماحة، كما لو قال: كل هذه الرغيف من هذا إلى هذا[2].

---

[1] – وفي (ن، ع): "سقط".

[2] – قال في الهداية: ولو قال له: عليّ من درهم إلى عشرة، أو قال: ما بين درهم إلى عشرة لزمه تسعة عند أبي حنيفة، فيلزمه الابتداء وما بعده، وتسقط الغاية، وقالا: يلزمه العشرة كلها فتدخل الغايتان، وقال زفر: يلزمه ثمانية، ولا تدخل الغايتان (الهداية مع تكملة الفتح ٣٥٩/٨، كتاب الإقرار قبيل مسائل الحمل، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

# فصل

٢٥٦- ومن أقر لحمل فلانة علي ألف درهم، فإن قال: أوصى بها فلان، أومات أبوه فورثه، يصح إقراره إذا كان يعلم أنه كان موجوداً وقت الإقرار؛ لأنه أقر بسبب صالح[١] لثبوت الملك له كما قلنا، وإن جاء ميتاً فالمال للموصي أو للمورث أي يقسم بين ورثته؛ لأنه إقرار في الحقيقة لهما، وإنما ينتقل إلى الجنين بعد الولادة، و[٢]لم ينتقل، وإن أبهم الإقرار لم يصح عند أبي يوسف رحمه الله، خلافا لمحمد رحمه الله[٣]؛ لأن[٤] مطلق الإقرار ينصرف إلى الإقرار بالسبب وهو مستحيل منه.

٢٥٧- ومن أقر بحمل جاريته أو بحمل شاة لرجل صح الإقرار

---

[١] - وفي (ن، ع): "لأنه سبب صالح".

[٢] - "و" ساقط في (ن، م).

[٣] - أي يصح عند محمد، لأن الإقرار من الحجج الشرعية فيجب إعماله مهما أمكن، وقد أمكن إعماله هاهنا بالحمل على السبب الصالح وهو الميراث أو الوصية كذا في الهداية وتكملة فتح القدير ٣٦٤/٨، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان.

[٤] - وفي الهداية والتكملة: ولأبي يوسف أن مطلق الإقرار ينصرف إلى الإقرار بسبب التجارة.... فيصير المقر فيما إذا أبهم بدلالة العرف كما إذا صرح بسبب التجارة، ولو صرح به كان فاسداً فكذا إذا أبهم (تكملة فتح القدير ٣٦٤/٨، كتاب الإقرار فصل، دار الكتب العلمية).

ولزمه؛ لأنه يتصور أن يوصي الرجل لآخر[1] ثم باع الجارية، فأقر المشتري أنه له، والإقرار بملك الغير صحيح، حتى لو أقر به ثم ملكه يؤمر بالتسليم إلى المقر له بخلاف الوصية به.

[1] - وفي (ن، ع): "الآخر".

# فصل

٢٥٨- وإقرار المريض لوارثه باطل، إلا أن يصدقه فيه بقية الورثة، أي في المرض الذي لا صحة بعده، وقال الشافعي رحمه الله في أحد قوليه: يصح، لأنه إظهار حق ثابت، وجانب الصدق راجح كما في الأجنبي، ولنا قوله عليه السلام: "لا وصية لوارث - ولا إقرار له بدين"[1]، ولأن في جوازه إبطال ما تعلق به حقهم، ويورث ايقاع العداوة بينهم.

بخلاف إقراره لأجنبي حيث يجوز لحاجته إليه، سواء أقر بجميع ماله أو بثلثه، والقياس أن لا يجوز إلا في الثلث؛ لأنه قصر تصرفه

---

[1] - أخرجه الدار قطني عن جعفر بن محمد عن أبيه مرسلاً (سنن الدار قطني: الوصايا عالم الكتب بيروت).

قال شمس الأئمة السرخسي في مبسوطه: وحجتنا في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام: "ألا لا وصية لوارث ولا إقرار له بدين"، إلا أن هذه الزيادة شاذة غير مشهورة، وإنما المشهور قول ابن عمر رضي الله عنهما: إذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فإنه جائز وإن أحاط ذلك بماله، وإن أقر لوارث فهو باطل إلا أن يصدقه الورثة، وبه أخذ علماؤنا، وقول الواحد من فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس، وقال صاحب البدائع بعد ذكر قول ابن عمر: ولم يعرف له فيه مخالف من الصحابة فيكون إجماعاً (تكملة فتح القدير ٤٠٧/٨، باب إقرار المريض، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

عليه، إلا أنا نقول: لما صح إقراره في الثلث كان له التصرف في الثلثين الباقي؛ لأن الثلث حقه بعد الدين ثم وثم[١]، حتى يأتي على الكل.

٢٥٩- ومن أقر لأجنبي بمال ثم قال: هو ابني، فلما ثبت نسبه منه يبطل إقراره له.

وإن أقر لأجنبية، ثم تزوجها لم يبطل إقراره لها، والفرق أن النسب إذا ثبت يثبت[٢] مستنداً إلى وقت العلوق، فيكون الإقرار للوارث، بخلاف الزوجية فإنها تقتصر على وقت التزوج، فيكون إقراره لأجنبية.

٢٦٠- ومن طلق زوجته ثلاثا في مرضه ثم أقرلها بدين ثم مات، فلها الأقل من الدين ومن ميراثها منه[٣]؛ لأنهما متهمان فيه لقيام العدة[٤]، وباب الإقرار للوارث مسدود.

٢٦١- ويجوز إقراره بوارث آخر، مثل أن يقول: هذا الغلام ابني، وهو يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف، وصدقه الغلام يثبت نسبه منه؛ لأن ثبوت النسب من الحوائج الأصلية، فإذا ثبت نسبه منه

---

[١] - "وثم" ساقط في (ن، ع).

[٢] - "يثبت" ساقط في (ن، ع).

[٣] - أي من الزوج، قال الإمام الزيلعي: في شرح الكنز: وهذا إذا طلقها بسؤالها، وإن طلقها بلا سؤالها فلها الميراث بالغاً ما بلغ، ولا يصح الإقرار لها، لأنها وارثة إذ هو فار (تكملة فتح القدير٨/٤١٠، باب إقرار المريض، دار الكتب العلمية).

[٤] - أشار بهذا إلى أن وضع المسألة فيما إذا كان موت المقر قبل انقضاء العدة، وأما إذا كان موته بعد انقضائها، فإقراره لها جائز (تكملة فتح القدير ٨/٤١١، دار الكتب العلمية).

يشارك[1] الورثة في الميراث.

٢٦٢- ولا يجوز لمريض أن يقضي دين بعض غرمائه دون بعض الغرماء؛ لأن في إيثار البعض إبطال حق الباقين، فدين الصحة والمرض فيه[2] سواء.

---

[1] - وفي (م): "تشاركه" والصواب ما كتبناه كما في الهداية.

[2] - "فيه" ساقط في (ن، ع).

# فصل

٢٦٣- ويجوز إقرار الرجل والمرأة بالوالدين، والزوجة، والزوج، وإقراره بالولد يجوز[١]، وإقرارها بالولد لا يجوز؛ لأنه تحميل النسب على الغير[٢].

٢٦٤- ويصح التصديق بعد موت المقر لبقاء النسب بعده، ويصح تصديقها بعد موته لبقاء العدة، ولا يصح تصديقه بعد موتها، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن النكاح انقطع بموته، وعندهما يصح؛ لأن الإرث من أحكام النكاح.

٢٦٥- ومن أقر بنسب من غير الوالدين[٣]، نحو الأخ والعم، لم يقبل إقراره؛ لأنه تحميل النسب على الغير فلا يصح، إلا إذا لم يكن له وارث قريب أو بعيد، فحينئذ يستحق ميراثه، ألا يرى أنه لو أوصى له بجميع ماله يستحقه عند عدم الورثة.

٢٦٦- ومن مات أبوه وأقر بأخ لم يثبت نسب أخيه؛ لأنه تحميل النسب على الأب، ويشاركه في ميراثه وله فيه ولاية[٤]، فيثبت كالمشتري

---

[١] - لأنه أقر بما يلزمه، وليس فيه تحميل النسب على الغير (الهداية ٢٤٤/٣).

[٢] - وفي تكملة فتح القدير: إذا صدقها الزوج يقبل إقرارها بالولد، لأن الحق له فيثبت بتصديقه (٤١٤/٨، دار الكتب العلمية).

[٣] - وفي الهداية: ومن أقر بنسب من غير الوالدين والولد (الهداية مع تكملة فتح القدير ٤١٨/٨، دار الكتب العلمية).

[٤] - إقراره تضمن شيئين: أحدهما: حمل النسب على الغير ولا ولاية للمقر على

إذا أقرعلى البائع بعتق العبد لم يقبل إقراره عليه، حتى لا يرجع عليه بالثمن، ولكن يعتق العبد لأنه أقر بحريته.

٢٦٧- ومن مات وترك أخوين، فأقر أحدهما بأخ آخر و أنكر الأخ الآخر، يعطيه المقر نصف ما في يده؛ لأن إقراره صحيح في نفسه، ولو أقر له بدين، فالقياس أن يأخذ المقر له جميع ما في يده؛ لأنه مقدم على الميراث، وقيل: يأخذ منه بحصته؛ لأن الدين يقضى من جميع التركة، و في يده بعضها.

٢٦٨- ومن مات وترك ابنين، وله على آخر مأة درهم، وأقر أحدهما أن أباه قبض منها خمسين، لا شيء للمقر، فللآخر خمسون، والله أعلم.

---

الغير فلا يثبت، والثاني: الاشتراك في المال، وله فيه ولاية، لأنه إقرار على نفسه وله ولاية على نفسه فيثبت، (تكملة فتح القدير ٤١٩/٨، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

# كتاب الوكالة[1]

٢٦٩- الوكيل اسم من اسماء الله تعالى، وهو القيام بتدبير أمور الخلائق.

٢٧٠- التوكيل تفويض الأمر إلى آخر، يقال: فلان وكل إليه الأمر، أي فوض إليه، ويقال: وكل الله إليه نفسه بالتخفيف، أي تركه على نفسه.

٢٧١- والتوكيل إثبات الولاية لآخر، وإنابته[2] منابه، والإنابة تستدعي قيام ولاية المنوب عنه، و يسقط بسقوط ولايته بخلاف الوصية، فإنه إثبات الولاية له بطريق الخلافة.

٢٧٢- كل عقد جاز أن يعقده الانسان بنفسه جاز أن يؤكل به غيره للحاجة، إما لعجزه أو لعدم هدايته، فجاز أن يؤكل غيره دفعاً[3]

---

[1] - قال في القاموس: وكل إليه الأمر وكلاً ووكولاً: سلمه، وتركه... وقد وكّله توكيلاً، والاسم: الوكالة (القاموس المحيط: ١٣٨١) وقال في تكملة الفتح: الوكالة لغة بفتح الواو وكسرها، اسم للتوكيل، وهو تفويض أمرك إلى من وكلته اعتماداً عليه، وفي اصطلاح الفقهاء عبارة عن إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم (تكملة فتح القدير ٣/٨، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[2] - وفي (م): "وإنابه".

[3] - "دفعا" ساقط في (ن، ع).

لحاجته، وقد صح أن النبي -ﷺ- وكّل حكيم بن حزام بالشراء[1].

٢٧٣- ولو قال: أنت وكيلي في كل شيء، يكون وكيلاً في المعاوضات، ولا يكون وكيلا في الهبات والعتاق عند أبي حنيفة رحمه الله.

٢٧٤- ولو قال: وكلتك[2] في جميع أموري ليس له أن يطلق امرأته، ولا أن يقف أرضه، وكذا لو قال لامرأته: أنت وكيلي في كل شيء، ليس لها أن تطلق نفسها[3].

٢٧٥- ويجوز التوكيل في الخصومة بالدعوى الصحيح أو بالجواب الصحيح الصريح في جميع الحقوق بإيفائها أو باستيفائها [إلا

---

[1] - رواه أبوداود في البيوع عن حكيم بن حزام: "أن رسول الله -ﷺ- بعث معه بدينار ليشتري له أضحية، فاشتراها بدينار وباعها بدينارين، فرجع واشترى أضحية بدينار، وجاء بدينار إلى النبي -ﷺ- فتصدق به النبي -ﷺ- ودعا له أن يبارك في تجارته". قال الزيلعي في إسناده رجل مجهول، وروى البخاري قصة أخرى وهي عن عروة أن النبي -ﷺ- أعطاه ديناراً ليشتري به شاة، فاشترى له به شاتين فباع إحداهما بدينار، وجاءه بدينار وشاة فدعا له بالبركة في بيعه، وكان لو اشترى التراب لربح فيه (صحيح البخاري ٢٥٢/٤، كتاب بدء الوحي، حديث: ٣٦٤٢ حسب ترقيم فتح الباري، وانظر نصب الراية ١٩١/٤-١٩٢، طبع دار الكتب العلمية).

[2] - أما ألفاظ الوكالة فكل لفظ يدل على الإطلاق كقوله: وكلت، أو هويت، أو أحببت، أو رضيت، أو شئت، أو أردت (انظر: الهندية ٥٦٤/٣، دار الفكر).

[3] - وكذا لو قال رجل له عبد لرجل: ما صنعت في عبيدي فهو جائز، فأعتق الكل لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعليه الفتوى (الهندية ٥٦٥/٣).

في الحدود والقصاص فإن الوكالة لا تصح باستيفاءها][1] عند غيبة المؤكل عن المجلس؛ لأن الظاهر هو العفو إذا عاين العقوبة أو تكذيب الشهود أو المقر، بخلاف غيبة الشهود[2]؛ لأن الظاهر عدم الرجوع، وبخلاف مجرد الخصومة؛ لأنه شرط محض لاحظ له من الوجوب والظهور فأشبه سائر الحقوق، وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يجوز التوكيل بإثبات[3] الحدود والقصاص بإقامة الشهود أيضاً.

٢٧٦- ومن شرط الوكالة أن يكون المؤكل ممن يملك التصرف؛ لأن الوكيل يملك التصرف من جهته، فلا بد أن يكون المؤكل مالكاً له[4]، فيملكه غيره، وأن يكون ممن يلزمه الأحكام، فإن تصرف الصبي المحجور والعبد المحجور لا يلزمهما الأحكام، فلا يصح توكيلهما، والمقصود من السبب الحكم، وأن يكون الوكيل[5] ممن يعقل العقد، حتى لو كان صبياً لا يعقل، أو مجنوناً لا تصح وكالته؛ لأن الوكيل قام مقام المؤكل في العبارة، فلا بد أن يكون من أهل العبارة.

---

[1] - ما بين القوسين زدناه من الهداية تصحيحاً للمتن.

[2] - حيث يستوفى الحدود والقصاص عند غيبته، لأن الظاهر عدم الرجوع، يعني أن الشبهة في حق الشاهد هي الرجوع، والظاهر في حقه عدم الرجوع كذا في تكملة فتح القدير ٨/٨، كتاب الوكالة، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.

[3] - وفي (ن، ع): "الإثبات".

[4] - وفي (م): "مالكاً".

[5] - وفي (م): "أن يكون ممن".

٢٧٧- وإن وكل صبياً محجوراً وهو يعقل العقد[1] جاز، ولكن لا يلزمه الحقوق إليه وتتعلق بمؤكله، وكذا العبد.

٢٧٨- ولا يجوز التوكيل بغير رضا الخصم[2] عند أبي حنيفة رحمه الله أي غير لازم، إلا أن يكون المؤكل مريضاً أو غائباً مسيرة ثلثة أيام؛ لأن الخصومة والجواب مستحق عليه، والناس يتفاوتون في الخصومة والجواب، فالظاهر أنه يختار من هو أشد خصومة فيتضرر به الخصم، وقالا: يجوز من غير رضا الخصم، وهو قول الشافعى رحمه الله؛ لأنه هي خالص حقه، فلا يتوقف على رضاء غيره كالتوكيل بتقاضي الدين[3].

---

[1] - "العقد" ساقط في (ن، ع).

[2] - وقال في الهندية: التوكيل بالخصومة بغير رضا الخصم لا يلزم، وقالا: يلزم، ثم اختلف المشايخ على قوله، بعضهم قالوا: رضا الخصم ليس بشرط لصحة التوكيل بل هو شرط لزومه، وهو الصحيح، كذا في خزانة المفتين، حتى لا يلزم الخصم الحضور والجواب بخصومة الوكيل كذا في المحيط، والفقيه أبو الليث اختار قولهما للفتوى: كذا في خزانة المفتين، وقال العتابي: وهو المختار، وبه أخذ الصفار، كذا في البحر الرائق، والذي يختار في هذه المسألة من الجواب أن القاضي إذا علم بالمدعي التعنت في إباء التوكيل لا يمكنه من ذلك، ويقبل التوكيل من الخصم، وإذا علم بالمؤكل القصد إلى الإضرار بالمدعي في التوكيل لا يقبل ذلك منه إلا برضا الخصم، كذا في المبسوط (الهندية ٣/٦١٥، وكذا في رد المحتار ٤/٤٤٦).

[3] - أي أن التوكيل تصرف في خالص حق المؤكل، لأنه إما أن يؤكله بالخصومة أو بالجواب وكلاهما من خالص حقه، أما الخصومة فلأنها الدعوى وهي

وقيل: لوكانت المرأة مخدرة، لم تجرعادتها بحضور مجلس الحاكم، يلزم التوكيل، استحسنه المتأخرون[١]، والمختار في هذه المسئلة أن القاضي إذا علم التعنت من الآبي[٢] يقبل توكيله من غير رضاه، وإذا علم أن المؤكل قصد إضرار خصمه لا يقبل.

٢٧٩- والعقود التي يعقدها الوكلاء على ضربين: كل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه[٣] كالبيع والإجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل عندنا، وقال الشافعى رحمه الله: تتعلق بالمؤكل؛ لأن الحقوق تابعة للملك، والملك يتعلق بالمؤكل، فكذا توابعه [وصار كالرسول][٤] والوكيل بالنكاح، ولنا أنه هو العاقد، والعقد يتم بكلامه ويصح بعبارته، ولهذا استغنى عن الاضافة إلى مؤكله، ولو كان سفيراً ما استغنى عن الإضافة إليه كالرسول[٥].

---

خالص حق المدعي حتى لا يجبر عليها، وأما الجواب فلأنه إما إنكار أو إقرار، وكل واحد منهما خالص حق المدعى عليه فلا يتوقف على رضا غيره فصار كالتوكيل بتقاضي الديون وقبضها وإيفاءها (كذا في تكملة فتح القدير ١١/٨، كتاب الوكالة، دار الكتب العلمية).

١ - وقال ابن الهمام: وعليه الفتوى (ر: تكملة فتح القدير ١٣/٨، دار الكتب العلمية).

٢ - أي الخصم الآبي عن قبول التوكيل.

٣ - أي تصح إضافته إلى نفسه ويستغني عن إضافته إلى المؤكل.

٤ - ما بين القوسين زدناه من الهداية، أي حقوق العقد، وحقوق عقد النكاح تتعلقان بالمؤكل بلا خلاف فكذا هنا.

٥ - والرسول والوكيل بالنكاح فإنهما لا يستغنيان عن الإضافة إليه (انظر تكملة فتح القدير ١٩/٨، دار الكتب العلمية).

٢٨٠- يسلم المبيع، ويقبض الثمن، ويطالب بالثمن إذا اشترى ويقبض المبيع، ولكن لا يجبر بخلاف البياع، ويخاصم في العيب ويخاصم فيه؛ لأن كل ذلك من حقوق العقد[١].

٢٨١- والملك يثبت للوكيل أولاً، ثم يثبت للمؤكل خلافة عنه[٢] كالعبد يتهب[٣] ويصطاد، ولهذا لو اطلع الوكيل على عيب في المبيع، فله أن يرده مادام المبيع في يده، فإن سلمه إلى مؤكله لم يرده إلا بإذنه؛ لأنه انتهى الوكالة. ورؤية الوكيل بالشراء كرؤية مؤكله، يبطل الخيار برؤيته، و كذا رؤية الوكيل بقبض المبيع عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما، وهذا اختيارالكرخي، ولهذا لا يعتق قريب المؤكل بشراء وكيله، ولا يفسد نكاحه بشرائه[٤] امرأته، وقال شمس الأئمة السرخسي رحمه

---

[١] - وفي تكملة فتح القدير: يجب أن يعلم أن الحقوق نوعان: حق يكون للوكيل، وحق يكون على الوكيل، فالأول كقبض المبيع، ومطالبة ثمن المشتري، والمخاصمة في العيب والرجوع بثمن مستحق، ففي هذا النوع للوكيل ولاية هذه الأمور لكن لا تجب عليه فإن امتنع لا يجبره المؤكل على هذه الأفعال؛ لأنه متبرع في العمل بل يؤكل المؤكل بهذه الأفعال ... وفي النوع الآخر يكون الوكيل مدعى عليه فللمدعي أن يجبر الوكيل على تسليم المبيع وتسليم الثمن (تكملة فتح القدير ١٩/٨، دار الكتب العلمية).

[٢] - "عنه" ساقط في (ن،ع) عنه أي عن الوكيل.

[٣] - أي قبل الهبة واصطاد، يثبت الملك للمولى ابتداء خلافة عن العبد، فإن مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب (ر: تكملة فتح القدير: ١٧/٨، دار الكتب العلمية).

[٤] - وفي (ن، ع): "بشراء" بدون "ه".

الله: يثبت الملك للمؤكل ابتداءً وهو قول الشافعي رحمه الله.

٢٨٢- وكل عقد يضيفه إلى مؤكله كالنكاح، والخلع، والصلح عن دم العمد، فإن حقوقه تتعلق بالمؤكل دون الوكيل، فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر، ولا يطالب وكيل المرأة بتسليمها؛ لأن الوكيل[١] فيها سفير محض، والصلح عن الإقرار بمنزلة البيع[٢]، والوكيل بالهبة، والصدقة، والإيداع، والإعارة، والإقراض، والرهن سفير[٣]؛ لأن الحكم في هذه الأشياء يثبت بالقبض، وأنه يلاقى[٤] محلاً مملوكاً للغير.

٢٨٣- وأما التوكيل[٥] بالاستقراض باطل[٦]؛ لأنه تصرف في ملك

---

[١] - وفي (م): "المؤكل".

[٢] - الصلح عن إقرار فيما إذا كان من مال بمال فإنه مبادلة مال بمال فكان بمنزلة البيع (تكملة فتح القدير ٢٣/٨، دار الكتب العلمية).

[٣] - أي الوكيل في هذه العقود سفير أيضاً، لأن الحكم في العقود المذكورة يثبت بقبض الموهوب له والمتصدق عليه ونظائرهم، وأن القبض يلاقي محلاً مملوكاً لغير الوكيل فالحكم أيضاُ يلاقي محلاً مملوكاً لغير الوكيل وهو المؤكل فلا يجعل الوكيل أصيلاً لكونه أجنبياً عن ذلك المحل، بخلاف التصرفات التي تقوم بالقبول ولا تتوقف على القبض كالبيع وغيره، فإن الوكيل يجب أن يكون أصيلاً فيها لأنه أصل في التكلم وكلامه مملوك له (انظر تكملة فتح القدير ٢٣/٨، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[٤] - وفي (م): "تلاقي".

[٥] - وفي (ن، ع): "وكيل".

[٦] - التوكيل بالاستقراض لا يصح، ولا يثبت الملك فيما إذا استقرض للآمر فللوكيل أن يمنع الذي استقرضه من الآمر ولو هلك هلك من ماله، إلا إذا بلغ

الغير فلا يثبت الملك للمؤكل بخلاف الرسالة.

٢٨٤- وإذا طالب المؤكل المشتري بالثمن، فله أن يمنعه إياه؛ لأنه أجنبي عن العقد، فإن دفعه إليه جاز[١]؛ لأنه حقه.

٢٨٥- التوكيل بقبول السلم لا يجوز[٢]، والله اعلم.

---

على سبيل الرسالة فيقول: أرسلني إليك فلان ليستقرض منك فحينئذ يثبت الملك للمرسل (كذا في تكملة فتح القدير ٢٤،٢٧/٨، دار الكتب العلمية، ورد المحتار ٤٤٨/٤).

١ - ولم يكن للوكيل أن يطالبه بالثمن ثانياً، لأن نفس الثمن حقه، وقد وصل إليه (تكملة فتح القدير ٢٧/٨، دار الكتب العلمية).

٢ - قال المؤلف في الهداية: ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم، لأنه عقد يملكه بنفسه، فيملك التوكيل به على ما مر، ومراده التوكيل بالإسلام دون قبول السلم، لأن ذلك لا يجوز، فإن الوكيل يبيع طعاماً في ذمته على أن يكون الثمن لغيره، وهذا لا يجوز، وقال شارحه تعليقاً عليه: لأنه من باع ملك نفسه من الأعيان على أن يكون الثمن لغيره لا يجوز، فكذلك في الديون، نص على ذلك محمد في باب الوكالة بالسلم من البيوع، وإذا بطل التوكيل من المسلم إليه بقبول عقد السلم كان الوكيل عاقداً لنفسه، فيجب الطعام في ذمته، ورأس المال مملوك له، فإذا سلمه إلى الآمر على وجه التمليك منه كان قرضاً له عليه (الهداية مع تكملة فتح القدير ٣٩/٨، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان).

# فصل في التوكيل في البيع

٢٨٦- والوكيل يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند أبي حنيفة رحمه الله[١] لإطلاق الأمر به بخلاف الشراء، [حيث لا يجوز بزيادة لا يتغابن الناس في مثله[٢]، وعندهما لا يجوز [بيعه][٣] بنقصان لا يتغابن الناس في مثله كالشراء][٤]، ولا يجوز إلا بالدراهم والدنانير للعرف والعادة[٥]. والفرق بين الوكيل بالبيع وبين الوكيل بالشراء، وهو أن الأمر بالبيع يلاقي ملك نفسه، وله فيه ولاية مطلقة، فيعتبر الإطلاق فيه، بخلاف الأمر بالشراء، فإنه يلاقي ملك الغير وليس له ولاية في ملك الغير[٦]، فلا يعتبر

---

[١] – كذا في الهندية، وقال فيه: قالا: يجوز بيعه بنقصان يتغابن فيه... ويفتى بقولهما في مسألة بيع الوكيل بما عز وهان، وبأي ثمن كان (الهندية ٥٨٨/٣).

[٢] – لأن التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه، فإذا لم يوافقه ألحقه بغيره.

[٣] – ما بين القوسين زدناه من الهداية.

[٤] – ما بين القوسين ساقط في (ن، ع).

[٥] – ولهما: لأن مطلق الأمر يتقيد بالمتعارف، لأن التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها، والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود (كذا في الهداية مع تكملة فتح القدير ٨٢/٨، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[٦] – في (م): "وليس له ولاية في ملك الغير" ساقط، قال ابن عابدين: والفرق لأبي حنيفة بين البيع والشراء أن في الشراء تتحقق تهمة أنه اشتراه لنفسه، ولأن الأمر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه الإطلاق، والأمر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والإطلاق (رد المحتار ٢٦١/٨، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

إطلاق أمره، فيحمل أمره[1] على أخص الخصوص وهو المتعارف.

٢٨٧- وإذا وكل بشراء لحم فاشترى لحماً مطبوخاً أو لحم طير، لم يلزم المؤكل لعدم الدلالة عليه، إلا إذا كان المؤكل مسافراً يلزمه.

٢٨٨- والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز العقد مع من لا تقبل شهادته له عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: يجوز بيعه بمثل القيمة إلا من عبده ومكاتبه[2].

٢٨٩- ومن وكل رجلاً ببيع عبده فباع نصفه يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لا يجوز؛ لأن الشركة فيه عيب إلا أن يبيع النصف الآخر، فإن وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف، فإن اشترى باقيه لزم المؤكل، وإلا فلا[3].

٢٩٠- وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به، إلا أن يأذن له المؤكل في ذلك[4].

---

[1] - "فيحمل أمره" ساقط في (ن).

[2] - الفتوى على قولهما (ر: الدر المختار على هامش رد المحتار ٤/٤٥٤) وقال في الهندية: الوكيل بالبيع إذا باع ممن لا تقبل شهادته له إن كان بأكثر من القيمة يجوز بلاخلاف، وإن كان بأقل من القيمة بغبن فاحش لا يجوز بالإجماع، وإن كان بغبن يسير لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله، كذا في الذخيرة، وإن باع بمثل القيمة فيه روايتان عن أبي حنيفة، والظاهر أنه لا يجوز (الهندية ٣/٥٩٩، دار الفكر).

[3] - وعليه الإتفاق (ر: الدر المختار على هامش رد المحتار ٤/٤٥٤).

[4] - قال الحصكفي: الوكيل لا يؤكل إلا بإذن آمره إلا إذا وكله في دفع الزكاة،

٢٩١- والوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله[١]، والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلاً بالخصومة؛ لأنه أمين محض[٢].

٢٩٢- ومن كفل عن رجل بمال[٣] فوكل صاحب المال الكفيل بقبضه من الغريم لا يكون وكيلاً؛ لأن الوكيل يعمل لغيره، ولو صححناه صار عاملاً لنفسه[٤].

---

فوكل آخر ثم وثم، فدفع الأخير جاز، ولا يتوقف (الدر المختار على هامش رد المحتار ٢٦٥/٨، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

[١] - حتى لو أقيمت على الوكيل بقبض الدين البينة على استيفاء الدين من المديون أو على إبراء المؤكل المديون عن الدين تقبل عنده، وقالا: لا يكون خصما فلا تقبل بينة الخصم (الهداية مع تكملة فتح القدير ١١٤/٨، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان).

[٢] - وهذا بالإجماع، لأن الوكيل بقبض العين أمين محض حيث لا مبادلة هاهنا، لأنه يقبض عين حق المؤكل كذا في تكملة فتح القدير ١١٨/٨، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان.

[٣] - وفي (ن، ع): "بحال" وهو خطأ.

[٤] - وبطل توكيل الكفيل بالمال لئلا يصير عاملا لنفسه، كما لا يصح لو وكله بقبضه أي الدين من نفسه، أو عبده؛ لأن الوكيل متى عمل لنفسه بطلت (الدر المختار على هامش الرد ٤٥٩/٤).

# فصل في التوكيل في الشراء

٢٩٣- ومن وكل رجلاً بشراء شيء، فلا بد من تسمية جنسه بأن يقول: اشتر لي عبداً، وصفته بأن يقول: هندياً أو تركياً، و مبلغ ثمنه ليصير الفعل المؤكَل به معلوماً ليمكنه الائتمار[١] به، إلا أن يوكله وكالةً عامةً، فيقول: ابتع[٢] لي مارأيت، فأي شيء يشتريه[٣] يكون ممتثلاً.

٢٩٤- فالحاصل أن الجهالة أنواع: جهالة فاحشة: وهي الجهالة في الجنس[٤]، كما لو وكله بشراء ثوب أو دابة أو دار، فهذه الجهالة تمنع الوكالة؛ فإن الثوب أجناس مختلفة يتناول الكرباس، والخز، والحرير، فعند اختلاف الجنس تختلف الأغراض، وكذا في الدابة[٥]، وبيان الثمن لا يزيل الجهالة.

٢٩٥- وجهالة يسيرة: وهي[٦] ما كانت في النوع، كما لو وكله

---

[١] - هكذا في حاشية م وهو الصحيح، وكذا في الهداية (٥:٤٩٥)، وفي (م): "بالتمكنة الايتمار به". وفي (ن،ع): "بالتمكن للائتمار"، ومعناه: الامتثال لأمر المؤكل.

[٢] - وفي (م): "أبيع" مكان "ابتع"، وهو خطأ.

[٣] - وفي (ن،ع): "تشتريه".

[٤] - "في الجنس" ساقط في (ن،ع).

[٥] - فإن الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الأرض، وفي العرف يطلق على الخيل، والبغال، والحمار (انظر: تكملة فتح القدير ٣٥/٨، دار الكتب العلمية).

[٦] - وفي النسخ الثلاث "هو"، والصحيح ما كتبناه.

بشراء حمار أو فرس، فإنه يصح استحساناً[1] وإن لم يبين الثمن ؛ لأن مبنى التوكيل على التوسع، لأنه استعانة، وباعتبار اليسيرة[2] حرج، ولو لم تصح يكون حرجاً.

٢٩٦- وجهالة متوسطة: وهي ما بين الجنس والنوع، كما لو وكله بشراء عبد أو جارية، وإن بيّن الثمن أو الصفة بأن قال: هنديّاً، يصح، وإن لم يبين الثمن أو الصفة لا تصح كجهالة[3] الجنس؛ لأن التفاوت في العبيد والإماء تفاوت فاحش.

٢٩٧- الغريم إذا وكل مديونه بأن يشتري شيئاً بما في ذمته،

---

[1] - والأصل فيه أن الجهالة إن كانت كثيرة تمنع صحة التوكيل، وإن كانت قليلة لا تمنع وهذا استحسان، والقياس أن يمنع قليلها وكثيرها، ووجه الاستحسان ما روي أن رسول الله -ﷺ- دفع ديناراً إلى حكيم بن حزام ليشتري له به أضحية، ولو كانت الجهالة القليلة مانعة من صحة التوكيل بالشراء لما فعله رسول الله -ﷺ-، لأن جهالة الصفة لا ترتفع بذكر الأضحية وبقدر الثمن، ولأن الجهالة القليلة في باب الوكالة لا تفضي إلى المنازعة، لأن مبنى التوكيل على الفسحة والمسامحة، فالظاهر أنه لا تجوز المنازعة فيه عند قلة الجهالة بخلاف البيع، لأن مبناه على المضايقة والمماكسة لكونه معاوضة المال بالمال، فالجهالة فيه وإن قلت تفضي إلى المنازعة فتوجب فساد العقد فهو الفرق، وإذا ثبت أن الجهالة القليلة غير مانعة ففي كل موضع قلت الجهالة صح التوكيل بالشراء وإلا فلا (بدائع الصنائع ٦/٣٥،٣٦، دار الفكر).

[2] - كذا في النسخ الثلاث، وفي الهداية: "وفي اعتبار هذا الشرط بعض الحرج، وهو مدفوع" (الهداية ٥/٤٩٦).

[3] - وفي (ن،ع): "الجهالة".

ينظر، إن عين المبيع أو البائع يصح توكيله[1]، فيصير تمليك الدين ممن له الدين و يصير البائع وكيلاً بقبضه، وإن لم يعين[2] لا يصح التوكيل؛ لأنه تمليك الدين من المجهول؛ لأن الدراهم والدنانير يتعينان في الوكالات والمضاربات[3]، ألا ترى أنه لو وكله بشراء عبد بهذه الألف، فهلك الألف عند الوكيل تبطل الوكالة.

٢٩٨- ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم[4] أي من جانب [رب][5]

---

[1] - وفي (ن،ع): "توكيل" بدون "ه".

[2] - وفي (ن،ع): "يبين".

[3] - قال عبد الحي اللكنوي: أصل هذا أن التوكيل بالشراء إذا أضيف إلى دين على الوكيل فإن كان البائع متعينا بأن قال: اشتر لي من فلان، أو يكون المبيع بعينه ليكون البائع متعيناً، صح بالإجماع، وإن كان غير متعين لم يصح عند أبي حنيفة خلافاً لهما، لهما أن عقد الشراء لا يتعلق بعين الدراهم عيناً كان أو ديناً، ولأبي حنيفة أن الدراهم تتعين في الوكالات إذا كان عيناً، فإذا لم يتعين كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين، وهو باطل، وأما إذا عين انتصب البائع وكيلاً بالقبض، ثم الشراء والقبض بحكم الشراء واقع بعده، فيصير كالتوكيل بالشراء مضافاً إلى عين (النافع الكبير على هامش الجامع الصغير ص: ٤٠٩، ٤١٠ إدارة القرآن والعلوم الإسلامية باكستان).

[4] - يعني إذا وكل شخصا أن يعقد عقد الصرف أو يسلم في مكيل مثلاً ففعل جاز لأنه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به دفعاً للحاجة، ومراده التوكيل بالإسلام، دون قبول السلم، لأن ذلك لا يجوز (الهداية مع تكملة شرح فتح القدير ٢٨/٨، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان).

[5] - ما بين القوسين زدناه تصحيحاً للمتن، وانظر للتفصيل: الهداية مع تكملة فتح القدير ٣٨،٣٩/٨، دار الكتب العلمية).

السلم دون المسلم إليه، فإن الوكيل من جهته يبيع طعاما في ذمته، على أن يكون الثمن لغيره، فلا يجوز.

٢٩٩- وإذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله أن يرجع به على المؤكل؛ لأنه انعقدت بينهما مبادلة حكمية، ولهذا إذا اختلفا في الثمن يتحالفان ويرد المؤكل المبيع[١] على الوكيل، لأنه هو يتملك منه، وله أن يحبس العين حتى يستوفي الثمن كالبائع يمنع المبيع عن المشتري، وقال زفر رحمه الله: ليس له أن يحبسه؛ فإن هلك المبيع في يده قبل حبسه هلك من مال المؤكل ولم يسقط الثمن؛ لأن يده كيد المؤكل، فإن حبسه فهلك في يده يكون مضمونا ضمان الرهن[٢] عند أبي يوسف رحمه الله، أي بأقل من قيمته ومن الدين، وضمان المبيع[٣] عند محمد رحمه الله أي يسقط الثمن بهلاكه في يد البائع، ويطلب ضمان الغصب[٤] عند زفر رحمه الله، أي بجميع قيمته؛ لأنه منعه من غير حق[٥].

---

[١] - أي يرد المؤكل المبيع بالعيب على الوكيل (انظر: الهداية مع شرح تكملة فتح القدير ٤٢/٨، دار الكتب العلمية).

[٢] - ضمان الرهن: يعني يعتبر الأقل من قيمته ومن الدين، فإذا كان الثمن خمسة عشر مثلاً وقيمة المبيع عشرة رجع الوكيل على المؤكل بخمسة.

[٣] - يعني يسقط به الثمن قليلاً كان أو كثيراً.

[٤] - يعني يجب مثله أو قيمته بالغة ما بلغت، فيرجع الوكيل على الموكل إن كان ثمنه أكثر، ويرجع المؤكل على الوكيل إن كانت قيمته أكثر (انظر تكملة شرح فتح القدير ٤٣/٨، ٤٤، دار الكتب العلمية).

[٥] - أي ليس له حق الحبس فيه فصار غاصبا (تكملة شرح فتح القدير ٤٤/٨، دار الكتب العلمية).

٣٠٠- وإن وكله بشراء شيء بعينه، فليس له أن يشتريه لنفسه؛ لأنه يؤدي إلى تغرير الآمر من حيث أنه اعتمد عليه، ولأن فيه عزل نفسه، فلا يملكه إلا بمحضر من المؤكل، إلا إذا اشتراه بغير النقود أو بخلاف جنس ما سماه الآمر فيقع لنفسه؛ لأنه خالف الأمر[١]، ولو اشترى لنفسه، وأشهد على ذلك يصير مشتريا لنفسه، وذكر في المبسوط: كان مشتريا لمؤكله؛ لأن الشراء في المعين يقع على الآمر.

٣٠١- وإن وكله بشراء عبد بغير عينه، فاشترى عبدا فهو له؛ إلا أن يقول: نويت الشراء للمؤكل، أو يشتريه بمال المؤكل، أي إذا أضاف العقد إلى دراهم الآمر فهو له، وإن أضافه إلى دراهم [نفسه][٢] فهو له، وإن أطلق فالمعتبر هو النية.

٣٠٢- ومن وكل رجلا بشراء عبد بألف، فقال: قد فعلت، ومات عندي، فقال الآمر: اشتريته لنفسك، إن دفع الثمن إليه فالقول قول المأمور؛ لأنه أمين فيه، وإن لم يدفعه فالقول قول الآمر.

٣٠٣- عبد قال لآخر:اشتر لي نفسي من مولاي بألف درهم، فدفعها إليه، فالمأمور إن عين الشراء للعبد عند العقد يقع الشراء له[٣]

---

[١] - ولو كان الثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسه أو لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود، لأن المتعارف نقد البلد فالأمر ينصرف إليه، ويثبت الملك للوكيل لأنه خالف أمر الآمر فينفذ عليه (الهداية وتكملة شرح فتح القدير ٥٠/٨ دار الكتب العلمية).

[٢] - ما بين القوسين زدناه من الهداية. وانظر المصدر السابق.

[٣] - أي قال الوكيل للمولى: اشتريت العبد لنفس العبد فباعه على هذا فهو حر،

ويصير حرا والولاء للمولى، فصار كأنه اشترى منه العبد نفسه، وشراء العبد نفسه إعتاق من المولى، وإن لم يعين الشراء له يقع الشراء للمأمور، ويصير العبد له والألف للمولى؛ لأنه كسب عبده، وعلى المشتري ألف أخرى ثمن العبد كما مر في العتاق.

---

وولاء ذلك العبد للمولى، وإن لم يقل الوكيل: اشتريت العبد لنفس العبد فهو عبد للمشتري، لأن قوله: اشتريت عبدك بكذا حقيقة للمعاوضة دون الإعتاق، وأمكن العمل بهذه الحقيقة فيحافظ عليها، والألف التي دفعها العبد إلى المشتري حين أن وكله تكون للمولى، لأنه كسب عبده وعلى المشتري ألف مثله ثمناً للعبد فإنه في ذمته حيث لم يصح الأداء (الهداية مع التكملة ٨/٧١، ٧٢، دار الكتب العلمية).

## فصل في عزل الوكالة

٣٠٤- وللموكل أن يعزل الوكيل؛ لأنه حقه، إلا إذا تعلق به حق الغير، كالوكيل في الرهن[١] ببيعه، فبقاء الوكالة ببقاء الرهن؛ لأن الشيء إذا ثبت في ضمن الشيء يعطى له حكم المتضمن وارتفاعها بارتفاعه.

٣٠٥- والعزل إنما يثبت بسبب الحجر عن المؤكل أو بعجز الوكيل عن الإقامة.

٣٠٦- ومالم يبلغه العزل فهو على وكالته، و تصرفه جائز حتى يعلم[٢]، وعند الشافعي رحمه الله فيه قولان[٣]، والعزل لا يثبت عند أبي

---

[١] - بأن وضع الرهن على يدي عدل، وشرط في الرهن أن يكون العدل أو المرتهن مسلطا على بيع الرهن عند حلول الدين، فإذا أراد الراهن أن يعزل الوكيل عن الوكالة بالبيع ليس له ذلك، لأن البيع صار حقاً للمرتهن وبالعزل يبطل هذا الحق (كذا في تكملة شرح فتح القدير ١٤٤/٨، باب عزل الوكيل، دار الكتب العلمية).

[٢] - وتصرفه جائز حتى يعلم الوكيل عزله، هذا عندنا وبه قال الشافعي في قول، وقال الشافعي في الأصح: ينعزل (المصدر السابق ص: ١٤٥).

[٣] - وإن وكل رجلاً في تصرف، ثم عزله، ولم يعلم الوكيل بالعزل ففيه قولان، أحدهما: لا ينعزل، فإن تصرف صح تصرفه، لأنه أمر فلا يسقط حكمه قبل العلم بالنهي كأمر صاحب الشرع، والثاني: أنه ينعزل، فإن تصرف لم ينفذ تصرفه، لأنه قطع عقد لا يفتقر إلى رضاه، فلم يفتقر إلى علمه كالطلاق (المهذب ٣٧٤/٣).

حنيفة رحمه الله حتى يخبره رجلان أو رجل عدل؛ لأنه إلزام من وجه، وقالا: يثبت بخبر الواحد سواء كان عدلاً أو غير عدل، كما في إثبات الوكالة، لدفع الحرج فيه، ولأنه ليس بإلزام وإنما هو إطلاق محض.

٣٠٧- وعلم الوكيل الوكالة شرط بالإجماع، حتى لو وكل رجل رجلاً بالبيع، فباع الرجل قبل العلم بالوكالة بطل بيعه، بخلاف ما إذا أوصى إلى رجل ثم مات، فتصرف الرجل في ماله يصح، وإن لم يعلم الوصاية.

٣٠٨- ولا يجوز للوكيل أن يعزل نفسه إلا بحضرة المؤكل لدفع الغرور عنه كالإقالة، بخلاف ما إذا قبل الوكالة في وجه المؤكل وردها في غير وجهه حيث يصح رده؛ لأن المؤكل قادر بنفسه على التصرف، فلا يتضرر به، بخلاف الموصى إليه حيث لايصح رده من غير وجهه.

٣٠٩- وتبطل الوكالة بموت المؤكل، وجنونه جنوناً مطبقاً، وكذا بموت الوكيل وجنونه[1].

٣١٠- ومن وكل رجلا بشراء شيء، ثم تصرف فيما وكل به تبطل الوكالة؛ لأنه كالعزل.

٣١١- ولو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه ثم رد عليه بقضاء ليس للوكيل أن يبيعه عند أبي يوسف[2] رحمه الله، خلافاً لمحمد رحمه الله،

---

[1] - بدائع الصنائع (٥/٥٧-٥٨).

[2] - أي لا يبيع الوكيل مرة أخرى عند أبي يوسف، لأن بيعه بنفسه منع لـه من التصرف فصار كالعزل، وعند محمد يبيعه الوكيل ثانياً لأن التوكيل إطلاق التصرف، والعجز قد زال بكونه مردوداً على الموكل بالقضاء فإن العبد قد

بخلاف ما إذا وكله بالهبة ثم وهبه بنفسه ثم رجع، لم يكن له أن يهب؛ لأنه مختار فى الرجوع.

٣١٢- ولو وكل رجلاً بتزويج امرأة، فتزوج الوكيل لنفسه، ثم أبانها، له أن يزوجها للمؤكل لبقاء الحاجة.

٣١٣- ولو تزوجها المؤكل بنفسه ثم أبانها، لم يكن للوكيل أن يزوجها من مؤكله؛ لأن الحاجة قد انقضت، وانعزل الوكيل عن الوكالة.

٣١٤- رجل دفع إلى آخر دراهم ليتصدق بها، فأنفق الآخر على نفسه، ثم تصدق بغيرها من ماله لم يجزه منه ويضمن مثلها، ولو أمسكه هذا وتصدق بدراهم من عنده جاز استحساناً، وكذا في الإنفاق على أهله والشراء به لنفسه وقضاء الدين.

---

عاد إليه بملك قديم والرد بالقضاء بدون اختيار الموكل لم يكن دليلاً لزوال الحاجة فيبيعه الوكيل ثانياً، أما في الهبة لما رجع الموكل بعد الهبة بنفسه فهو مختار في الرجوع فيكون دليلاً على عدم الحاجة فلا يهبه الوكيل ثانياً (وانظر للتفصيل: الهداية مع تكملة شرح فتح القدير ١٥٦/٨ باب عزل الوكيل).

# كتاب الكفالة

٣١٥- الكفالة في اللغة: الضم، قال الله تعالى: ﴿وكفلها زكريا كلما دخل عليها زكريا المحراب﴾[١] أي ضمها.

٣١٦- وفي الشريعة: عبارة عن ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في حق المطالبة دون الدين، بل الدين في ذمة الأصيل على حاله.

٣١٧- وإنما يثبت بها وجوب المطالبة على الكفيل بما كان على الأصيل توسعة استيثاقاً[٢] بخلاف الحوالة، فأيهما أدى يبرأ هو وصاحبه عن أصل الدين؛ لأن الدين واحد، إلا أن الكفيل إذا أدى أولاً فيرجع على الأصيل بما أدى.

٣١٨- وليس من ضرورة وجوب المطالبة وجوب الدين، كالوكيل بالشراء، وعند الشافعي رحمه الله حكمها وجوب الدين على الكفيل، فيصير الدين الواحد كدينين عنده اعتباراً بالمطالبة[٣].

---

[١] - آل عمران: ٣٧.

[٢] - وفي (م): "استينافاً" ولعل الصواب ما كتبناه.

[٣] - وفي البدائع الصنائع: وقال بعض مشايخنا: إن حكم الكفالة بالدين وجوب أصل الدين على الكفيل والمطالبة مرتب عليه فيطالب الكفيل بدين واجب عليه لا على الأصيل، كما يطالب الأصيل بدين عليه لا على الكفيل، فيتعدد الدين حسب تعدد المطالبة، وبه أخذ الإمام الشافعي رحمه الله، وزعم أن هذا يمنع من صحة الكفالة بالأعيان المضمونة والنفس والفعل؛ لأن هذا الحكم لا يتحقق

وقبول المكفول له [شرط][1] في المجلس عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، إلا إذا تكفل الورثة عن المورث المريض مع غيبة غرمائه جاز استحساناً، وقال أبويوسف رحمه الله: (قبول[2]) المكفول له ليس بشرط؛ لأنه لا يتضرر به، بخلاف الحوالة[3].

٣١٩- ولو تكفل فضولي ثم بلغ الخبر المطلوب أولاً فأجازه، ثم بلغ الطالب فأجازه يرجع على المطلوب بما أدى، وإن كان على عكسه لا يرجع.

٣٢٠- وكذا كون المكفول به مقدور التسليم من الكفيل شرط، وأن

---

في الكفالة بغير هذا الدين، وهذا غير سديد؛ لأن الكفالات أنواع لكل نوع حكم على حدة، فانعدام حكم نوع منها لا يدل على انعدام حكم نوع آخر (بدائع الصنائع ١٥/٦ دار الفكر للطباعة والنشر).

[1] - ساقط في (م).

[2] - ساقط في (م).

[3] - وفي الهداية: ولا تصح الكفالة إلا بقبول المكفول له في المجلس، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبويوسف رحمه الله: يجوز إذا بلغه فأجاز، ولم يشترط في بعض النسخ "الإجازة"، والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعاً، له: أنه تصرف التزام، فيستبد به الملتزم، وهذا وجه هذه الرواية عنه، ووجه التوقف ما ذكرناه في الفضولي في النكاح، ولهما: أن فيه معنى التمليك، وهو تمليك المطالبة منه، فيقوم بهما جميعاً والموجود شطره، فلا يتوقف على ما وراء المجلس. قال (أي القدوري): إلا في مسألة واحدة، وهي أن يقول المريض لوارثه: تكفل عني بما عليّ من الدين، فكفل به مع غيبة الغرماء جاز، لأن ذلك وصية في الحقيقة (الهداية ٣١٩/٥).

يكون الكفيل من أهل التبرع، وأما أمر المكفول عنه بها أو إذنه ليس بشرط، إلا أنه إذا كفل بأمره يرجع عليه بما أدى؛ لأنه أدى دين الغير بأمره، وإن كفل بغير أمره لم يرجع عليه بما أدى؛ لأنه تبرع.

الكفالة بالنفس جائزة عندنا، كالكفالة بالمال لإطلاق قوله عليه السلام: "الزعيم غارم[1]" ولأن الحاجة ماسة إليه أيضاً، ومباشرتها أعم بين الناس، والمضمون بها إحضار المكفول به على وجه يقدر المخاصمة عليه، فالظاهر أن الواحد يقدر على تسليم مثله، فالمكفول به والمكفول عنه فيه واحد. وقال الشافعي رحمه الله: لاتصح الكفالة بالنفس، لأنه لا يقدر على تسليم مثله، بخلاف المال لأن له ولا ية على مال نفسه[2].

[1] – رواه الترمذي في كتاب البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة (رقم الحديث: ١١٨٦) وفي كتاب الوصايا، باب ما جاء لا وصية لوارث (رقم الحديث: ٢٠٤٦)، وأبو داود في كتاب البيوع (رقم الحديث: ٣٥٦٥)، وابن ماجه في كتاب الأحكام، باب الكفالة (رقم الحديث: ٢٣٩٦).

[2] – وفي المهذب: تجوز كفالة البدن على المنصوص في الكتب، وقال في "الدعاوى والبينات": إن كفالة البدن ضعيفة، فمن أصحابنا من قال: تصح قولاً واحداً، وقوله: ضعيفة، أراد من جهة القياس، ومن أصحابنا من قال: فيه قولان، أحدهما: أنها لا تصح، لأنه ضمان عين في الذمة، بعقد، فلم يصح كالسلم في ثمرة نخلة بعينها، والثاني: يصح، وهو الأظهر. ولا تصح الكفالة بالبدن من غير إذن المكفول؛ لأنه إذا تكفل به من غير إذنه لم يقدر على تسليمه، ومن أصحابنا من قال: تصح، كما تصح الكفالة بالدين من غير إذن من عليه الدين (المهذب ٣/٣٢٥،٣٢٢، تحقيق وتعليق الدكتور محمد الزحيلي).

٣٢١- ولو سلم في مصر آخر برئ عند أبي حنيفة رحمه الله[١]، وتسليمه في السواد بمنزلة التسليم في البرية[٢].

٣٢٢- وإذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة؛ لأنه سقط الحضور عن الأصيل، فيسقط الإحضار عن الكفيل أيضا، وكذا إذا مات الكفيل يبرأ[٣].

٣٢٣- ولو مات المكفول له[٤]، فلورثته ووصيه المطالبة[٥].

٣٢٤- وإذا سلم الكفيل نفس المكفول به برئ من الكفالة سواء شرط البراءة أولم يشترط، لأن موجب العقد يثبت بدون التنصيص؛ وكذا لو سلمه وكيل الكفيل أو رسوله، ولو سلم المكفول به نفسه برئ الكفيل أيضا؛ لأنه هو المطالب.

---

١ - ولو سلم في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند أبي حنيفة رحمه الله للقدرة على المخاصمة فيه، وعندهما لا يبرأ، لأنه قد تكون شهوده فيما عينه (الهداية ٥/٢٩٥-٢٩٦).

٢ - وإن سلمه في برية لم يبرأ، لأنه لا يقدر على المخاصمة فيها، فلم يحصل المقصود، وكذا إذا سلمه في سواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه، (الهداية ٥/٢٩٥).

٣ - لأنه لم يبق قادراً على تسليم المكفول بنفسه، وماله لا يصلح لإيفاء هذا الواجب، بخلاف الكفيل بالمال (الهداية ٥/٢٩٦).

٤ - وفي (م): "المكفول" ولعل الصواب ما كتبناه.

٥ - أي للوصي أن يطالب الكفيل فإن لم يكن فلوارثه لقيامه مقام الميت، وترجع ورثة الكفيل على الأصيل المكفول عنه إن كانت الكفالة بأمره كما في الحياة، (الهداية وفتح القدير ٧/١٦١، كتاب الكفالة، دار الكتب العلمية).

٣٢٥- وإذا تكفل بنفسه على أنه إن لم يواف به إلى وقت كذا، فهو ضامن لما عليه و هو ألف، فلم يحضره في ذلك الوقت لزمه ضمان المال؛ لأن الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة، وهذا التعليق صحيح عندنا؛ لأنه التزام بشرط كالنذر، وعند الشافعي رحمه الله لا تصح؛ لأن وجوب المال معلق بالخطر كالبيع[١]. فإذا وجد الشرط لزمه المال، ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس؛ لأن وجوب المال بالكفالة لا ينافي وجوب الكفالة بالنفس؛ لأن كل واحد منهما للتوثيق، وكذا لو قال: تكفلت نفسه إن لم يواف غداً فعلي المال، فإن مات المكفول عنه ضمن المال[٢] لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة.

٣٢٦- ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة رحمه الله، أي لا يجبر عليها[٣]؛ لأنها شرعت للاستيثاق، ومبنى الحدود والقصاص على الدرء[٤] والإسقاط، وقالا: يجبر أي في حد القذف والقصاص؛ لأنه حق العبد. ولو قال بالفارسية: "دى آشنا ست مارابده"

---

[١] - وفي الهداية: وقال الشافعي: لا تصح هذه الكفالة؛ لأنه تعليق سبب وجوب المال بالخطر فأشبه البيع (الهداية مع فتح القدير ١٥٩/٧، دار الكتب العلمية).

[٢] - ضمن المال للمكفول له ويرجع على ورثة المكفول به إن كانت الكفالة بإذنه.

[٣] - يعني لو طلب مدعي القصاص أو حد القذف من القاضي أن يأخذ كفيلاً لنفس المدعى عليه حتى يحضر البينة فالقاضي لا يجبره على إعطاء الكفيل عند الإمام (انظر: مجمع الأنهر ١٢٩/٢، دار إحياء التراث العربي بيروت – لبنان).

[٤] - في (م): "الدور" والصحيح ما كتبناه كما في الهداية: ولأن مبنى الكل على الدرء (الهداية مع فتح القدير ١٦٧/٧، دار الكتب العلمية).

يكون كفيلا للعرف.

٣٢٧- ولو أخذ كفيلا آخر بالنفس يجوز ولا يبرأ الأول[١]؛ لأنه لا منافاة بينهما.

٣٢٨- رجل كفل نفس رجل إلى ثلثة أيام لم يبرأ بالكفالة بمضي الثلاثة؛ لأن ذكر المدة لبيان الأجل، كما في الثمن المؤجل، إلا أن يشترط البراءة فيه.

٣٢٩- أما الكفالة بالمال فجائزة معلوما كان المال المكفول به أو مجهولا، إذا كان دينا صحيحا مثل أن يقول: تكفلت عنه بألف، أو بما لك عليه، أو بما يدركك في هذا البيع، أو ضمان الاستحقاق؛ لأن مبنى الكفالة[٢] [على التوسع][٣] [وعلى الكفالة][٤] بالدرك[٥] إجماع وكفى به حجة.

٣٣٠- أما الكفالة بشخص مجهول لا يصح، ولوقال: أنا ضامن

---

[١] - وفي الهداية: ومن أخذ من رجل كفيلاً بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفيلاً آخر فهما كفيلان (الهداية مع فتح القدير ١٧١/٧، دار الكتب العلمية).

[٢] - فإنها تبرع ابتداء فيتحمل فيها جهالة المكفول به يسيرة وغيرها بعد أن كانت متعارفة، وكذا جواز الكفالة بشرط الخيار عشرة أيام بخلاف البيع (العناية وفتح القدير ١٧١/٧، كتاب الكفالة، دار الكتب العلمية).

[٣] - ما بين القوسين زدناه من الهداية (الهداية مع فتح القدير ١٧١/٧).

[٤] - زدناه من الهداية انظر المصدر السابق.

[٥] - والكفالة بالدرك أن يقول للمشتري: أنا ضامن للثمن إن استحق المبيع أحد مع جواز أن يظهر استحقاق بعضه أو كله (فتح القدير ١٧١/٧، دار الكتب العلمية).

بما عليه يكون كفيلا، ولو قال: أعط له كل يوم درهما وأنا ضامن به، يصير كفيلا، ولو قال: أنا ضامن بمعرفته لا يكون كفيلا؛ لأنه إلتزام المعرفة دون المطالبة.

٣٣١- ويجوز تعليق الكفالة بالشرط الملائم، مثل أن يقول: مابعت فلاناً فعليّ، أو ما ذاب لك عليه فعليّ، أو ما غصبك فعليّ، أو إذا استحق المبيع فعليّ الثمن، أو إذا قدم زيد فأنا كفيل عن فلان، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾[١].

٣٣٢- ثم الكفيل إذا رجع عن الضمان قبل المطالبة[٢] يصح رجوعه؛ لأن لزومه يكون بعدها، فأما إذا قال: متى هبت الريح، أو جاء المطر أنا كفيل لا يصح، ويجب المال في الحال والشرط فاسد، والكفالة لا تبطل بالشروط الفاسدة[٣].

---

[١] - يوسف: ٧٢. والآية تدل على أن جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة إذ حمل البعير مجهول، وعلى أن تعليق الكفالة بالشرط جائز حيث علق الكفالة بشرط المجيئ بالصواع، وشريعة من قبلنا تلزمنا إذا قص الله ورسوله بلا إنكار، (شرح العلامة عبد الحي لكنوي على الهداية ٣٠٧/٥).

[٢] - وفي (م): "المبايعة" ولعل الصواب ما كتبناه.

[٣] - والأصل أن لا يجوز تعليقها بالشرط إلا شرطاً ألحق به تعلق بالظهور أو التوسل إليه في الجملة فيكون ملائماً للعقد فيجوز، ولأن الكفالة جوازها بالعرف، والعرف في مثل هذا الشرط دون غيره (بدائع الصنائع ٥/٦، دار الفكر للطباعة والنشر).

٣٣٣- ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط[١] لما فيه من معنى التمليك، كما في سائر البراءات، وتعليق التمليك لا يصح، ويروى أنه يصح؛ لأنه كان إسقاطاً محضاً كالطلاق، ولهذا لا يرتد الإبراء عن الكفيل بالرد، بخلاف إبراء الأصيل.

٣٣٤- وتجوز الكفالة بأمرالمكفول عنه و بغير أمره لإطلاق ما رويناه[٢]، ولأنه التزام المطالبة، وبه ولاية الالتزام ولا ضرر للطالب فيه.

٣٣٥- فإن كفل بأمره رجع بما أدى عليه[٣]؛ لأنه أدى دينه بأمره، وإن كفل بغير أمره لم يرجع؛ لأنه متبرع فيه[٤].

---

[١] - مثل أن يقول: إذا جاء غد فأنت بريء من الكفالة لا تجوز، لأنها ليست بإسقاط محض لما فيه من معنى التمليك كما في سائر البراءات والتعليق إنما يصح في الإسقاط المحض (العناية مع فتح القدير ١٨٥/٧، دار الكتب العلمية).

[٢] - وهو قوله -ﷺ-: "الزعيم غارم".

[٣] - قوله رجع بما أدى معناه إذا أدى ما ضمنه، أما إذا أدى خلافه رجع بما ضمن لأنه ملك الدين بالأداء فنزل منزلة الطالب، كما إذا ملكه بالهبة أو بالإرث (الهداية مع فتح القدير:١٧٨/٧).

[٤] - ومن شروط الرجوع أن تكون الكفالة بأمر المكفول عنه؛ لأن معنى الاستقراض لا يتحقق بدونه، ولو كفل بغير أمره لا يرجع عليه عند عامة العلماء، وقال مالك رحمه الله: يرجع، والصحيح قول العامة؛ لأن الكفالة بغير أمره تبرع بقضاء دين الغير فلا يحتمل الرجوع (بدائع الصنائع ١٩/٦، دار الفكر).

٣٣٦- والمكفول له بالخيار إن شاء طالب الأصيل وإن شاء طالب الكفيل وإن شاء طالبهما[١].

٣٣٧- وللكفيل أن يطالب المكفول عنه بعد أدائه ولو أدّاه قبله لا يرجع فيها[٢].

والكفيل لو أدى يرجع بمثل[٣] ما يكفل، بخلاف المأمور بقضاء الدين، فإنه يرجع بمثل ما أدى.

وإن كفل بدين مؤجل ثم مات الكفيل يؤخذ من تركته حالا، ولومات الأصيل حل الدين في حق ورثته دون حق الكفيل[٤].

٣٣٨- والأجل يسقط بموت من له الأجل وليس له أن يرجع فيما أدى؛ لأنه تعلق به حق القابض.

٣٣٩- فإن لوزم الكفيل بالمال كان له أن يلازم المكفول عنه حتى

---

١ - الطالب بالخيار إن شاء طالب الأصيل وإن شاء طالب الكفيل إلا إذا كانت الكفالة بشرط براءة الأصيل لأنها حوالة معنى، أو كانت مقيدة بما عليه من الدين لأنها في معنى الحوالة أيضاً (بدائع الصنائع ١٥/٦، دار الفكر).

٢ - أي إن كفل بأمره رجع بما أدى عليه، لأنه قضى دينه بأمره، وإن كفل بغير أمره لم يرجع بما يؤديه لأنه متبرع (الهداية مع فتح القدير ١٧٧/٧، دار الكتب العلمية).

٣ - وفي (م): "والكفيل لو أدى أي مثل ما يكفل" ولكن الصحيح ما كتبناه، كما في البدائع: إن الكفيل يرجع بما كفل لا بما أداه ..... وليس هذا كالمأمور بأداء الدين له أن يرجع بالمؤدى لا بالدين (بدائع الصنائع ٢٢/٦، دار الفكر).

٤ - انظر للتفصيل: المبسوط ٣٠/٢٠-٣١.

يخلصه، وكذا لو حبس كان له أن يحبسه[1].

٣٤٠- وإذا أبرأ الطالب المكفول عنه، أو استوفى منه برئ الكفيل؛ لأن الدين ما بقي عليه، فلا يبقى المطالبة، وإن أبرأ الكفيل لم يبرأ المكفول عنه؛ لأن الدين باق عليه، وليس من انتفاء المطالبة انتفاء الدين المؤجل[2].

٣٤١- وإذا أخّر الطالب عن الأصيل، فهو تأخير عن الكفيل، ولا كذلك على عكسه[3]؛ لأن التأخير إبراء موقت، فيعتبر بالإبراء المؤبد.

٣٤٢- ولو قال: اقض فلاناً ألفاً ولم يقل عني، فقضاها رجع عليه عند أبي يوسف رحمه الله؛ لأن القضاء يدل على الوجوب عليه.

٣٤٣- وضمان درك الكتابة لا يصح؛ لأنه وجب في ذمته مع المنافي وهو كونه عبداً قبل أداء بدل الكتابة، والمولى لا يستوجب على عبده ديناً[4].

٣٤٤- وإذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز؛ لأنه دين كسائر

---

[1] - لأنه لحقه ما لحقه من جهته، فيعامله بمثله (الهداية ٣١١/٥).

[2] - ر: بدائع الصنائع ١٦/٦.

[3] - أي لو أخر عن الكفيل لم يكن تأخيراً عن الأصيل.

[4] - ولا تجوز الكفالة ببدل الكتابة وتكفل به أو عبد، لأن عقد الكتابة ثبت مع المنافي وهو عبديته للسيد المكاتب، لأنه عبد ما بقي عليه درهم، وذلك يقضي نفي الدين للسيد على عبده، وإن ثبت فإنما على خلاف القياس بالنص لتحقيق العتق لتشوف الشارع عليه فيقتصر عليه (كذا في فتح القدير ٢١٩/٧ في آخر كتاب الكفالة، دار الكتب العلمية).

الديون، وإن تكفل عن البائع بالمبيع لم يصح[1]، يعني قال: تكفلت المبيع عنك؛ لأنه عين مضمون بغيره وهو الثمن، فلا يمكن استيفاؤه من الكفيل، وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة فيه، وإذا تكفل عن البائع بالمبيع في البيع الفاسد تصح؛ لأنه مضمون بنفسه. والكفالة بالأعيان المضمونة بنفسها تصح كالمغصوب والمقبوض على سوم الشراء، ولا تصح بالأعيان المضمونة بغيرها كالمرهون، فإنه مضمون بالدين.

٣٤٥- ولو كفل بتسليم الرهن بعد القبض إلى الراهن أو بتسليم المستأجر إلى المستأجر جاز؛ لأنه التزم[2] فعلاً واجباً[3].

٣٤٦- والكفالة بالأعيان المضمونة بنفسها إنما تصح لأنه يجب تسليم عينه حال بقائه وقيمته حال هلاكه، وفي المضمونات بغيره يجب عليه تسليمه حال بقائه ولا تجب قيمته حال هلاكه؛ لأنه ينفسخ البيع

---

[1] - الأعيان إما مضمونة على الأصيل أو غير مضمونة، فغير المضمونة كالوديعة، ومال المضاربة، والشركة، والعارية عندنا، والمستأجر في يد المستأجر، والمضمونة إما مضمونة بغيرها كالمبيع قبل القبض فإنه مضمون بالثمن، والرهن فإنه مضمون بالدين، فالثلاثة الأول لا تصح الكفالة بها أصلاً بناء على أنها غير واجبة التسليم فلا يجب على الكفيل شيء (فتح القدير ١٨٤/٧، دار الكتب العلمية، وانظر للتفصيل: بدائع الصنائع ١٠/٦، دار الفكر).

[2] - وفي (م): "التزام"، والصحيح ما كتبناه.

[3] - أي ان كفل بتسليم الرهن إلى الراهن بعد ما قبض المرتهن على الدين جاز مع كون المرهون مضموناً بغيره لأنه التزم فعلاً واجباً على الأصيل أي التسليم فيجوز. انظر: الهداية مع الفتح ١٨٧/٧.

ويسقط الدين فلا يبقى الضمان، فلا تصح الكفالة[1].

فالحاصل أن الأعيان نوعان: مضمونة وغيرمضمونة، فالمضمونة نوعان: مضمونة بنفسها كالمغصوب والمبيع بيعاً فاسداً، ومضمونة بغيرها كالمبيع بيعاً صحيحاً، والرهن، فالمبيع مضمون بالثمن، والرهن مضمون بالدين، وغير مضمون كالودائع، والعواري، ومال الشركة، والمضاربة، ولا تصح الكفالة إلا في الأولى.

٣٤٧- ولو تكفل بتسليم المبيع قبل القبض جاز؛ لأنه التزم فعلاً واجباً.

٣٤٨- والكفالة بحمل الدابة إن كانت الدابة معينة لا تصح، وإن كانت غير معينة تصح؛ لأن المستحق في الأول الدابة، وفي الثاني الحمل[2].

٣٤٩- ومن باع داراً وكفل له رجل آخرعنه بالدرك[3]، فهو

---

[1] - انظر: بدائع الصنائع ١٠/٦.

[2] - لأن في الوجه الأول: الواجب على الآجر فعل تسليم الدابة دون الحمل فلم تكن الكفالة بالحمل كفالة بمضمون على الأصيل فلم تجز، وفي الوجه الثاني: الواجب عليه فعل الحمل دون تسليم الدابة فكانت الكفالة بالحمل كفالة بفعل هو مضمون على الأصيل فجازت (بدائع الصنائع ١١/٦، دار الفكر بيروت – لبنان).

[3] - والمراد بضمان الدرك هو قبول الثمن عند استحقاق المبيع، وقوله: تسليم أي تصديق من الكفيل بأن الدار ملك البائع، فلو ادعى الدار بعد ذلك لنفسه على المشتري لا تسمع دعواه، ... لأن الدعوى بعد ذلك منه سعي في نقض ما تم من جهته وهو باطل، بخلاف ما لو شهد الشاهد على بيع الدار ولم يكفل لم يكن ذلك تسليما، فإن ادعى لنفسه تسمع دعواه وتقبل شهادته لغيره أيضاً،

تسليم [لا تسمع][1] الدعوى منه؛ لأن الدعوى بعده تناقض فيما تم من جهته، ولو شهد ولم يكفل لا يكون تسليما منه؛ لأنه لعلّه كتب الشهادة ليحفظ الحادثة.

٣٥٠- ومن ضمن [عن عبد][2] مالاً بغير إذن مولاه، فأدّاه لا يرجع عليه لعسرته حتى يعتق كالغريم، وإذا ضمن العبد عن مولاه بأمره ثم أدّاه لم يرجع بعد العتق على مولاه.

٣٥١- وكفالة الخراج جائزة[3]؛ لأنه دين مطالب به[4]، وكذا النوائب[5]

---

لأن الشهادة لا تكون مشروطة في البيع لعدم الملائمة ولا هي بإقرار بالملك، لأن البيع تارة يوجد من المالك وأخرى من غيره، فالشهادة على أنه باع لا تكون إقراراً بأنه باع ملكه، ولعله إنما كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ضمان الدرك فإنه إقرار بالملك (انظر: فتح القدير والعناية ٢٠١/٧، ٢٠٢ قبيل فصل في الضمان، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

[1] - ما بين القوسين زدناه تصحيحاً للمتن.

[2] - ما بين القوسين زدناه من الهداية تصحيحاً للمتن، باب كفالة العبد وعنه.

[3] - لأن الكفالة ضم في المطالبة بالدين، والخراج دين مطالب به من جهة العباد حتى يحبس به ويلازم ويمنع من وجوب الزكاة فصحت الكفالة به، (فتح القدير ١٦٩/٧، دار الكتب العلمية).

[4] - إشارة إلى صحة الكفالة، فإن كل دين صحيح تصح المطالبة به في الحياة والممات تصح الكفالة به بالاستقراء، ولوجود ما شرع الكفالة لأجله فيه (العناية على هامش فتح القدير ١٧٠/٧، دار الكتب العلمية).

[5] - قال ابن الهمام: وأما النوائب فقد يراد بها ما يكون بحق وقد يراد بها ما ليس بحق، والأول ككري الأنهار المشتركة، وأجر الحارس للمحلة، وما وظف الإمام لتجهيز الجيش وفداء الأسارى، بأن احتاج إلى تجهيز الجيش لقتال

ككري النهر المشترك وأجرالحارس، وفي الجنايات اختلاف، وفي القسمة[1] أي الوظيفة الراتبة، وكذا الرهن في هذه الأشياء.

---

المشركين أو إلى فداء أسرى المسلمين، ولم يكن في بيت المال مال فوظف مالاً على الناس لذلك، والضمان فيه جائز بالاتفاق لوجوب أدائه على كل مسلم أوجبه الإمام عليه لوجوب طاعته فيما يجب النظر للمسلمين، والثاني كالجبايات في زماننا، وهي التي يأخذها الظلمة في زماننا ظلماً ففيه اختلاف المشايخ قال بعضهم: لا يصح، وقال بعضهم: يصح (فتح القدير ٢٠٦/٧، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان).

[1] – وفي تفسير القسمة أقوال: قال بعضهم: هي النوائب بعينها، يعني إذا قسم الإمام ما ينوب العامة نحو مؤنة كري النهر المشترك فأصاب واحداً شيء من ذلك فيجب أداؤه فكفل به رجل صحت الكفالة بالإجماع، وقيل: هي النائبة الموظفة الراتبة، والكفالة جائزة فيما إذا كان بحق بالاتفاق، واختلف المشايخ فيما كان بغير حق (العناية ٢٠٧/٧، دار الكتب العلمية).

# كتاب الحوالة

٣٥٢- الحوالة[١] في اللغة هي النقل، ومنه حوالة الغراس[٢] وهو النقل من موضع إلى موضع، وهي جائزة لقوله عليه السلام: "من أحيل على مليء فليتبع[٣]" ولأنه التزم ما يقدرعلى تسليمه فتصح[٤] كالكفالة.

٣٥٣- وإنما اختصت بالديون، لأنها[٥] تنبئ عن النقل والتحويل، وهو إنما يتحقق في الدين لا في العين؛ لأن العين حسي، فلا تقبل

---

[١] - وقال ابن الهمام نقلاً عن المغرب: تركيب الحوالة يدل على الزوال والنقل، ومنه التحويل وهو نقل الشيء من محل إلى محل، ويقال للمحتال: حويل أيضاً فالمحيل هو المديون، والمحال والمحتال: رب الدين، والمحال عليه والمحتال عليه: هو الذي التزم ذلك الدين للمحتال، والمحتال به: نفس الدين (فتح القدير ٢٢١/٧، كتاب الحوالة دار الكتب العلمية).

[٢] - وفي (م): "الغرس" والصحيح ما كتبناه كما في الهداية (٣٤٧/٥).

[٣] - رواه الترمذي بلفظ: "مطل الغني ظلم وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع" (كتاب البيوع، باب ما جاء في مطل الغني ظلم، رقم الحديث:١٢٢٣)، وابن ماجه في سننه بلفظه (كتاب الأحكام، باب الحوالة، رقم الحديث:٢٣٩٥)، وأحمد في مسنده (مسند عبد الله بن عمر بن الخطاب – رضي الله عنه –، رقم الحديث:٥١٣٨)، ورواه أحمد بلفظ "من أحيل على مليء فليحتل" (باب باقي المسند السابق، رقم الحديث:٩٥٩٤).

[٤] - وفي (م): "فصح". والصحيح ما كتبناه. كما في الهداية ٣٤٦/٥.

[٥] - وفي (م): "لأنه". والصحيح ما كتبناه.

النقل الحكمي، والدين وصف حكمي ثابت في الذمة، فجاز أن يقبل النقل الحكمي.

٣٥٤- وتصح برضا المحتال له؛ لأن الدين حقه، فلا بد من رضائه بالتحويل من ذمة إلى ذمة؛ لأن الذمم متفاوتة، وبرضا المحتال عليه؛ لأنه الزام عليه فلا بد من التزام منه، وذكر في الزيادات: أن رضا المحيل ليس بشرط؛ لأنه ينتفع به لعدم الرجوع عليه إذا كان بغير أمره[١].

---

[١] - كذا في الهداية: وأما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه، ذكره في الزيادات، لأن التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه لأنه لا يرجع عليه إذا لم يكن بأمره (الهداية ٣٤٦/٥). وفي بدائع الصنائع: من شروطها رضا المحيل، حتى لو كان مكرهاً على الحوالة لا تصح، لأن الحوالة إبراء فيها معنى التمليك فتفسد بالإكراه كسائر التمليكات (بدائع الصنائع:٢٤/٦). وفي العناية: أما رضا المحيل فقد شرطه القدوري وعيسى يعلل بأن ذوي المروءات قد يأنفون بتحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلا بد من رضاهم. وذكر في الزيادات أن الحوالة تصح بدون رضاه، لأن التزام الدين من المحال عليه تصرف في حق نفسه، والمحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه، لأن المحال عليه لا يرجع عليه إذا لم يكن بأمره. قيل: وعلى هذا تكون فائدة اشتراطه الرجوع عليه إذا كانت بأمره. وقيل: لعل موضوع ما ذكر في القدوري أن يكون للمحيل على المحتال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة، فإنها حينئذ تكون إسقاطاً لمطالبة المحيل عن المحال عليه فلا تصح إلا برضاه. والظاهر أن الحوالة قد يكون ابتداؤها من المحيل وقد يكون من المحتال عليه، والأول إحالة وهو فعل اختياري لا يتصور

٣٥٥- فإذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول عندنا خلافاً لزفر رحمه الله[١]؛ لأن الحوالة مبرئة، لأن الدين انتقل من ذمة إلى ذمة أخرى، فلا يبقى في الأولى، والأحكام الشرعية تجري على وفاق المعنى الفقهية[٢]. لكن إذا نقد المحيل الدين يجبر صاحب الدين على القبول؛ لأنه يحتمل العود إليه بالتوى؛ لأن الحوالة نقل الدين من ذمة إلى ذمة بشرط أن يسلم الدين إلى المحتال له، وإذا لم يسلم له الدين بالتوى يعود الدين إلى ذمة المحيل[٣]، ثم لا يرجع[٤] على المحيل، إلا أن

---

بدون الإرادة والرضا، وهو وجه رواية القدوري، والثاني احتيال يتم بدون إرادة المحيل بإرادة المحتال عليه ورضاه. وهو وجه رواية الزيادات، وعلى هذا اشتراطه مطلقاً كما ذهب إليه الأئمة الثلاثة بناء على أن إيفاء الحق حقه فله إيفاؤه من حيث شاء من غير قسم عليه بتعيين بعض الجهات أو عدم اشتراطه مطلقاً كما ذهب إليه بعض الشارحين بناءً على رواية الزيادات ليس على ما ينبغي (العناية على هامش فتح القدير ٢٢٣/٧).

[١] - فيقول: لا يبرأ اعتباراً بالكفالة، إذ كل واحد منهما عقد توثق. ولنا أن الحوالة للنقل لغةً، ومنه حوالة الغراس، والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها، أما الكفالة فللضم، والأحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية التوثق باختيار الإملاء، والأحسن في القضاء، وإنما يجبر على القبول إذا نقد المحيل، لأنه يحتمل عود المطالبة إليه بالتوى، فلم يكن متبرعاً (الهداية ٣٤٧/٥-٣٤٨).

[٢] - انظر للتفصيل: بدائع الصنائع: ٢٦/٦-٢٧، وفتح القدير والعناية على هامشه ٢٢٣/٧.

[٣] - وفي (م): "المحيل له" والصواب ما كتبناه.

[٤] - وفي (م): "يرجع" بدون لا. والصحيح ما كتبناه، أي لا يرجع المحتال على

يتوى حقه عندنا، وقال الشافعي رحمه الله: لا يرجع بعد التوى أيضاً[1].

٣٥٦- والتوى عند أبي حنيفة رحمه الله أحد الأمرين[2]: إما أن يجحد الحوالة، ويحلف، ولا بينة له عليه، أو يموت مفلسا، لأنه يتحقق العجز عن وصول حقه منه، فيرجع على المحيل، وقالا: هذان، ووجه ثالث: و هو أن يحكم الحاكم بإفلاسه حال حياته، وهذا بناء على أن الإفلاس لا يتحقق بحكم الحاكم عنده[3] خلافاً لهما؛ لأن مال الله تعالى غاد ورائح[4].

---

المحيل، انظر (الهداية ٣٤٨/٥).

[1] - وفي الهداية: قال الشافعي رحمه الله: لا يرجع وإن توى، لأن البراءة حصلت مطلقة، فلا تعود إلا بسبب جديد، ولنا أنها مقيدة بسلامة حقه له، إذ هو المقصود، أو تفسخ الحوالة لفواته، لأنه قابل للفسخ، فصار كوصف السلامة في المبيع (هداية مع الفتح ٢٢٦/٧).

[2] - وفي العناية: وهو عند أبي حنيفة يتحقق بأحد الأمرين: إما أن يجحد المحال عليها الحوالة فيحلف ولا بينة للمحال ولا للمحيل على المحال عليه لأنه حنيئذ لا يقدر على مطالبته، وإما أن يموت مفلساً لأن العجز على الوصول إلى الحق وهو التوى في الحقيقة يتحقق بكل واحد منهما، ... لأنه لم يبق ذمة يتعلق بها الحق فسقط عن المحال عليه، وثبت للمحتال الرجوع على المحيل (العناية مع فتح القدير ٢٢٧/٧، دار الكتب العلمية).

[3] - وفي (م): أن الإفلاس يتحقق بحكم الحاكم عنده، والصحيح ما كتبناه (انظر: الهداية ٣٤٩/٥، بدائع الصنائع ٢٨/٦).

[4] - وهذا الاختلاف بناء على أن الإفلاس بتفليس الحاكم عنده لا يتحقق خلافاً لهما، قالا: التوى هو العجز عن الوصول إلى الحق وقد حصل هاهنا؛ لأنه

٣٥٧- وتصح الحوالة في الوديعة، بأن أودع رجل عند رجل ألف درهم، ثم أحال بها عليه آخر تصح إن كانت قائمة في يده، فأما إذا هلكت الوديعة قبل التسليم إليه بطلت الحوالة، وإن كانت هالكة لم تصح؛ لأن بهلاكها برئ المودع منه، بخلاف الغصب حيث تصح الحوالة سواء كان قائما في يده أو كان هالكا؛ لأن الغصب إذا هلك يفوت إلى خلف وهو المثل أوالقيمة، فصار كأنه ما فات[١].

٣٥٨- وقد تكون مقيدة بالدين[٢] كالكفالة المقيدة، و قد تكون مطلقة بلا دين، وهو بمعنى الوكالة، كما يقال: أحال المضارب المال أي وكله، والحوالة المطلقة لا تبطل إلا بالتوى، وأما الحوالة المقيدة إذا بطل الدين

---

عجز عن استيفاء حقه فصار كموت المحال عليه، وقال: عجز عن ذلك عجزاً يتوهم ارتفاعه بحدوث المال، لأن مال الله غاد ورائح، (العناية على هامش فتح القدير ٧/٢٢٧).

١ - انظر: الهداية مع الفتح (٧/٢٣٠-٢٣١)، والعناية على هامش الفتح (٧/٢٣١).

٢ - وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين بأن يحيله بدينه الذي على فلان المحال عليه فصارت المقيدة بالتفصيل ثلاثة أقسام: مقيدة بعين أمانة، وبعين مضمونة، وبدين خاص، وحكم المقيدة في هذه الجملة أن لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه، لأنه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن وإن كان أسوة للغرماء بعد موت المحيل، وهذا لأنه لو بقي للمحيل حق المطالبة، فيأخذه منه لبطلت الحوالة، وهي حق المحتال، بخلاف المطلقة، لأنه لا تعلق لحقه به بل بذمته، فلا تبطل الحوالة بأخذ ما عليه، أو ما عنده (الهداية مع الفتح ٧/٣٣٠-٣٣٢، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

تبطل الحوالة، كمن أحال ثمن المبيع، ثم استحق المبيع بطلت الحوالة، فالمحتال يرجع على المحيل، ولو هلك المبيع في يد البائع قبل تسليمه إلى المشتري انفسخ البيع وسقط الثمن، ولا تبطل الحوالة؛ لأنه سقط بأمر عارض.

# كتاب الصلح

٣٥٩- الصلح اسم من المصالحة، وهو المسالمة بعد المنازعة والمحاربة، وأصله من الصلاح، وهو استقامة الحال، وفي الشرع عبارة عن عقد يرفع به المنازعة.

٣٦٠ - ثم الصلح على ثلاثة أضرب: صلح مع إقرار، وصلح مع سكوت، وصلح مع إنكار[١]، وكل ذلك جائز لإطلاق قوله تعالى:

---

[١] - وقال الشافعي: المشروع هو الصلح عن إقرار وسكوت لا غيرهما، وجه قول الشافعي: إن جواز الصلح يستدعي حقا ثابتا ولم يوجد في موضع الإنكار والسكوت، ولنا قوله تعالى: ﴿والصلح خير﴾، وصف الله تعالى عز شأنه جنس الصلح بالخيرية، ومعلوم أن الباطل لا يوصف بالخيرية فكان كل صلح مشروعاً بظاهر هذا النص إلا ما خص بالدليل، وعن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قال: "ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يورث بينهم الضغائن". أمر رضي الله عنه برد الخصوم إلى الصلح مطلقاً، وكان ذلك بمحضر من الصحابة الكرام رضي الله عنهم ولم ينكر عليه أحد فيكون إجماعاً من الصحابة، فيكون حجة قاطعة، ولأن الصلح شرع للحاجة إلى قطع الخصومة والمنازعة والحاجة إلى قطعها في التحقيق عند الإنكار إذا الإقرار مسالمة ومساعدة فكان أولى بالجواز، ولهذا قال أبو حنيفة: أجوز ما يكون الصلح على الإنكار (بدائع الصنائع ٦٠/٦، دار الفكر بيروت لبنان مصطفى أحمد باز).

﴿والصلح خير﴾[1]، ثم الصلح ذكر محلى بالألف واللام فحمله على الجنس أولى من الحمل على المعهود، لأنه لوحمل على الجنس يدخل فيه المعهود، وفي عكسه لا يدخل، ولقوله عليه السلام:"كل صلح جائز فيما بين المسلمين إلا صلحاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً[2]" وقال الشافعي رحمه الله: الصلح عن السكوت والإنكار[3] لما روينا في الحديث، وهذا الصلح بهذه المرتبة، فينقلب الأمر، وهو رشوة[4]، ولنا أن هذا صلح بعد دعوى

---

[1] – النساء: ١٢٨.

[2] – رواه ابن ماجة في باب الصلح من كتاب الأحكام (٢٣٤٤) بلفظ: "الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرّم حلالاً أو أحلّ حراماً"، وأبوداؤد في باب الصلح من كتاب الأقضية (٣١٢٠)، وأحمد في مسنده (٨٤٢٩) بلفظ: "الصلح جائز بين المسلمين". وقال الزيلعي: "ورواه بتمامه الحاكم أيضاً في المستدرك، وسكت عنه، وقال الذهبي: هو حديث واهٍ (نصب الراية ٢٦٤/٤).

[3] – وفي الهداية: وقال الشافعي: لا يجوز مع إنكار أو سكوت وفي العناية: لأنه صلح أحل حرماً أو حرم حلالاً وذلك حرام غير مشروع (الهداية مع الفتح والعناية ٤٢٥/٨). فإن ادعى عليه عيناً في يده أو ديناً في ذمته، فأنكر المدعى عليه، فصالحه منه على عوض، لم يصح الصلح؛ لأن المدعي اعتاض عما لا يملكه، فصار كمن باع مال غيره، والمدعى عليه عاوض على ملكه، فصار كمن ابتاع مال نفسه من وكيله (المجموع ١٧٦/١٤).

[4] – لأن البدل كان حلالاً على الدافع حراماً على الآخذ، فينقلب الأمر، ولأن المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة عن نفسه، وهذه رشوة (الهداية ١٣٠/٦).

صحيحة، فيقضى بجوازه؛ لأن المدعي يأخذ عوضاً عن حقه في زعمه، وهذا مشروع، والمدعى عليه يد فعه لدفع الخصومة عن نفسه، وهذا مشروع أيضاً، إذ المال خلق وقايةً للأنفس، ودفع الرشوة لدفع الظلم أمر جائز[1]، وتأويل الحديث: "إلا صلحاً أحلّ حراماً" لعينه أي صالح دعواه على خمر، وقوله: "أو حرم حلالاً" لعينه إذا صالح مع زوجته أن لا يطأ ضرتها أو جاريتها[2].

---

[1] - قال الشراح: لا يقال لا نسلم جواز دفع الرشوة لدفع الظلم؛ لأن قول النبي -ﷺ-: "لعن الله الراشي والمرتشي" عام، لأنا نقول: هذا الحديث محمول على ما إذا كان على صاحب الحق ضرر محض في أمر غير مشروع، كما إذا دفع الرشوة حتى أخرج الوالي أحد الورثة عن الإرث، وأما دفع الرشوة لدفع الضرر عن نفسه فجائز للدافع. فإن قيل: ما الدليل على ذلك، أقول: الدليل عليه ما أورد من النصوص في أن الضرورات تبيح المحظورات، منها قوله تعالى: ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾ ولا شك أن في دفع الضرر عن نفسه دفع الحرج (تكملة شرح فتح القدير ٨/٤٢٩، كتاب الصلح دار الكتب العلمية).

[2] - وحمله على هذا أحق؛ لأن الحرام المطلق ما هو حرام لعينه، والحلال المطلق ما هو حلال لعينه، وقال صاحب العناية: والحمل على ذلك واجب لئلا يبطل العمل به أصلاً، وذلك لأنه لو حمل على الصلح على الإقرار خاصة لكان كالصلح على غيره، لأن الصلح في العادة لا يكون إلا على بعض الحق، فما زاد على المأخوذ إلى تمام الحق كان حلالاً للمدعي أخذه قبل الصلح، وحرم بالصلح وكان حراماً على المدعى عليه منعه قبله وحل بعده فعرفنا أن المراد به ما كان حلالاً أو حراماً لعينه (تكملة شرح فتح القدير والعناية ٨/٤٢٧-٤٢٨، دار الكتب العلمية).

٣٦١- وإن وقع الصلح عن إقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات إن وقع عن مال بمال لوجود معنى البيع، وهو مبادلة المال بالمال في حقهما بالتراضي، فيرد بالعيب، ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية، وجهالة البدل تمنع صحة الصلح إن كان يحتاج إلى قبضه؛ لأنها تؤدي إلى المنازعة، وجهالة المصالح عنه لا يمنع؛ لأنه إسقاط بعض الحق من وجه[١]، والصلح عن مجهول على معلوم جائز عندنا. وصحة الصلح لا

---

[١] - وهذا ليس على إطلاقه بل فيه تفصيل، وهو أن الصلح باعتبار بدليه على أربعة أوجه: إما أن يكون معلوم على معلوم، وهو جائز لا محالة، وإما أن يكون عن مجهول على مجهول، فإن لم يحتج فيه إلى التسليم والتسلم مثل أن يدعي حقاً في دار رجل وادعى المدعى عليه حقاً في أرض بيد المدعي، واصطلحا على ترك الدعوى جاز، وإن احتيج إليه وقد اصطلحا على أن يدفع أحدهما مالاً ولم يبينه على أن يترك الآخر دعواه أو على أن يسلم إليه ما ادعاه لم يجز، وإما أن يكون عن مجهول على معلوم وقد احتيج فيه إلى التسليم، كما لو ادعى حقاً في دار في يد رجل ولم يسمه فاصطلحا على أن يعطيه المدعي مالاً معلوماً ليسلم المدعى عليه إلى المدعي ما ادعاه وهو لا يجوز، وإن لم يحتج فيه إلى التسليم كما إذا اصطلحا في هذه الصورة على أن يترك المدعي دعواه جاز، وإما أن يكون عن معلوم على مجهول وقد احتيج فيه إلى التسليم لا يجوز، وإن لم يحتج إليه جاز، والأصل في ذلك كله أن الجهالة المفضية إلى المنازعة المانعة عن التسليم والتسلم هي المفسدة، فما لا يجب فيه التسليم والتسلم جاز، وما وجبا فيه لم يجز مع الجهالة؛ لأن القدرة على تسليم البدل شرط لكونه في معنى البيع، (العناية على هامش تكملة شرح فتح القدير ٨/٤٢٩، كتاب الصلح دار الكتب العلمية بيروت).

تحتاج إلى صحة الدعوى، وتشترط القدرة على تسليم البدل.

٣٦٢- وإن وقع عن مال بمنافع فيعتبر بالإجارات إذ الإجارة تمليك المنافع بعوض[١].

٣٦٣- والصلح عن السكوت والإنكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة، وفي حق المدعي المعاوضة لما بينا[٢].

٣٦٤- والاستحقاق بعد الصلح في المصالح عنه أو في بعضه كالاستحقاق في المبيع، وهلاك بدل الصلح قبل التسليم كالاستحقاق فيه[٣].

٣٦٥- والصلح جائز عن[٤] دعوى الأموال والمنافع، وجناية العمد، والخطأ[٥]، لقوله تعالى: ﴿فمن عفي له من أخيه شيء﴾[٦] وقال ابن عباس رضي الله عنه: "إنها نزلت في الصلح[٧]"، وهو بمنزلة النكاح[٨]، وإنما

---

[١] - والاعتبار في العقود للمعاني فيشترط التوقيت فيها، ويبطل الصلح بموت أحدهما في المدة كالإجارة (العناية مع تكملة فتح القدير ٤٢٩/٨، كتاب الصلح، دار الكتب العلمية).

[٢] - لأن المدعي يأخذه عوضاً عن حقه في زعمه.

[٣] - انظر: الهداية ١٣٤/٦.

[٤] - وفي (م): "في"، والصحيح ما كتبناه في المتن.

[٥] - انظر: الهداية ٢٤٧/٣.

[٦] - البقرة: ١٧٨.

[٧] - انظر: جامع البيان في تأويل القرآن ١١٢/٢-١١٣، الطبعة الثالثة ١٩٩٩م، دار الكتب العلمية، بيروت.

[٨] - من حيث إن كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال، ومن حيث إن كل واحد

يجوز الصلح عن جناية الخطأ[1]؛ لأن موجبه المال فكان كالبيع.

٣٦٦- ثم الصلح عن جناية العمد على مال يجوز، قليلاً كان المال أو كثيراً، ويجوز الصلح عن القصاص أكثر من الدية، وفي الخطأ لا يجوز أكثر من الدية؛ لأن الدية مقدرة شرعاً[2].

٣٦٧- ولا يجوز الصلح عن دعوى حد[3]، لأنه حق الله تعالى، ولا عن دعوى المرأة نسب ولدها[4]، ولا إذا ما أشرع إلى الطريق العامة

---

منهما لا يحتمل الفسخ بالتراضي، وإذا كان في معنى النكاح فما صلح أن يكون مسمى في النكاح صلح هاهنا، إلا عند فساد التسمية هنا يصار إلى الدية؛ لأنها موجب الدم وفي النكاح يجب مهر المثل (الهداية والعناية مع تكملة فتح القدير ٤٣٥/٨، دار الكتب العلمية).

[1] - وفي (م): "وإنما تجوز الجناية عن الخطأ" والصحيح ما كتبناه كما في فتاوى النوازل ص: ٤١٧، دار الإيمان.

[2] - فلا يجوز إبطاله فترد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر الدية (الهداية ٢٤٨/٣).

[3] - بأن أخذ زانيا أوسارقا من غيره أو شارب خمر فصالحه على مال أن لا يعرفه إلى ولي الأمر، لأنه حق الله تعالى ولا يجوز الصلح من حقوق الله تعالى عز شأنه، لأن المصالح بالصلح متصرف في حق نفسه إما باستيفاء كل حقه أو باستيفاء البعض وإسقاط الباقي (بدائع الصنائع ٧٢/٦، دار الفكر، وانظر: الهداية ٢٤٨/٣).

[4] - امرأة طلقها زوجها ادعت عليه صبياً في يده أنه ابنه منها وجحد الرجل فصالحت عن النسب على شيء فالصلح باطل؛ لأن النسب حق الصبي لا حقها فلا تملك الاعتياض عن حق غيرها (بدائع الصنائع ٧٤/٦، دار الفكر).

روشناً أو ميزاباً أو غيرهما؛ لأنه حق العامة[1].

٣٦٨- ولا الصلح عن الشفعة؛ لأن الشفعة حق التملك، بخلاف الصلح عن القصاص[2]، والنكاح؛ لأن الحق فيه المحل.

٣٦٩- والصلح في النكاح إن كان الزوج مدعيا يصح، وإن كانت المرأة مدعية في رواية يصح، وفي رواية لا يصح؛ لأن الزوج لا يعطي مالاً في الفرقة[3].

---

[1] - قيد بقوله إلى طريق العامة، لأن الظلة إذا كانت على طريق غير نافذة فصالحه رجل من أهل الطريق جاز الصلح، لأن الطريق مملوكة لأهلها فيظهر في حق الأفراد (العناية مع تكملة فتح القدير ٤٣٨/٨، دار الكتب العلمية).

[2] - ولو صالح الشفيع من الشفعة التي وجبت له على شيء على أن يسلم الدار للمشتري فالصلح باطل، لأنه لا حق للشفيع في المحل، إنما الثابت له حق التمليك وهو ليس لمعنى في المحل بل هو عبارة عن الولاية وأنها صفة الوالي فلا يحتمل الصلح عنه، بخلاف الصلح عن القصاص؛ لأن هناك المحل يصير مملوكاً في حق الاستيفاء فكان الحق ثابتاً في المحل فملك الاعتياض عنه بالصلح فهو الفرق، (بدائع الصنائع ٧٤/٦، دار الفكر).

[3] - ولو ادعى رجل على امرأة نكاحاً فجحدته فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز، ولو ادعت امرأة على رجل نكاحاً فجحد الرجل فصالحها على مال بذله لها لا يجوز، لأنه لا يخلو إما أن يكون النكاح ثابتاً أو لم يكن ثابتاً فإن لم يكن ثابتاً كان دفع المال إليها من الرجل في معنى الرشوة، وإن كان ثابتاً لا تثبت الفرقة بهذا الصلح؛ لأن العوض في الفرقة تعطيه المرأة، لا الزوج، فلا يكون المال الذي تأخذه المرأة عوضاً عن شيء فلا يجوز (بدائع الصنائع ٧٥/٦، دار الفكر).

٣٧٠- ومن وكل رجلاً بالصلح، فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه إلا أن يضمنه؛ لأنه سفير ومعبر كالوكيل بالنكاح، هذا إذا صالح عن دم العمد، أما إذا صالح عن مال بمال فهو كالوكيل بالبيع ترجع الحقوق إليه دون مؤكله[١].

٣٧١- وإن صالح بغير أمره أي تبرع فضولي أي صالح عن مال بغير مال و ضمنه تم الصلح كالفضولي بالخلع إذا ضمن البدل[٢].

٣٧٢- وتأويل المسئلة إذا صالح عن دم العمد أو صالح على بعض ما يدعيه من الدين إسقاط محض، وكان الوكيل فيه سفيرا كالوكيل في النكاح، فلا ضمان عليه إلا أن يضمنه، أما إذا كان عن مال بمال فهو بمنزلة البيع يجب عليه[٣].

٣٧٣- والأصل فيه أن قضاء الدين بغير إذنه جائز وتمليكه للغير لا يجوز إلا بإذنه، وكذلك لو قال: صالحتك على ألف وسلمها، أوقال: صالحتك على ألفي هذه، وإن قال: صالحتك على ألف، فالعقد موقوف على إجازة المدعى عليه[٤].

---

[١] - ر: الهداية ٣/٢٥٠.

[٢] - إن صالح رجل عنه بغير أمره فهو على أربعة أوجه، إن صالح بمال وضمنه تم الصلح .... كالفضولي بالخلع إذا ضمن البدل، (الهداية مع تكملة الفتح ٨/٤٤٤ باب التبرع بالصلح والتوكيل به).

[٣] - ر: الهداية مع تكملة الفتح ٨/٣٩٣.

[٤] - فإن أجازه المدعى عليه جاز ولزمه الألف وإن لم يجزه بطل لأن الأصل في العقد إنما هو المدعى عليه؛ لأن دفع الخصومة حاصل له، إلا أن الفضولي

٣٧٤- وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة، وإنما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه، كمن له على رجل ألف درهم جياد فصالحه على خمس مأة زيوف جاز[١].

٣٧٥- وإذا كان الدين بين الشريكين، فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار إن شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه، وإن شاء أخذ نصف الثوب إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين؛ لأن المقبوض من الدين المشترك مشترك بينهما[٢].

٣٧٦- ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن

---

يصير أصيلاً بواسطة إضافة الضمان إلى نفسه، فإذا لم يضفه بقي عاقداً من جهة المطلوب فيتوقف على إجازته (الهداية مع تكملة شرح فتح القدير ٤٤٥/٨ باب التبرع بالصلح والتوكيل به).

١ - كأنه أبرأه عن بعض حقه ولم يحمل على المعاوضة بل يحمل على التأخير الذي فيه معنى الإسقاط لأن في جعله معاوضة بيع الدراهم بمثلها نسيئة وهو ربا (الهداية مع تكملة الفتح ٤٤٦/٨ باب الصلح في الدين).

٢ - وأصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما منه شيئاً فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض وهو الدراهم أو الدنانير أو غيرهما؛ لأن الدين ازداد خيراً بالقبض، إذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض، وهذه الزيادة راجعة إلى أصل الحق فتصير كزيادة الولد والثمرة، وله حق المشاركة (الهداية والعناية مع تكملة فتح القدير ٤٥٣/٨ فصل في الدين المشترك، دار الكتب العلمية).

يشركه فيما قبض لما قلنا، ثم يرجعان على الغريم بالباقي[1].

٣٧٧- ولو اشترى أحدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه أن يضمنه ربع الدين؛ لأنه صار قابضا حقه بالمقاصة كاملا؛ لأن مبنى البيع[2] على المماكسة، بخلاف الصلح لأن مبناه على الحطيطة، ولا وجه إلى الشركة فيما قبضه؛ لأنه ملكه بعقد البيع.

٣٧٨- وإذا كانت التركة بين ورثته، فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه إياه، والتركة عقار أو عروض جاز، قليلاً كان ما أعطوه أو كثيراً؛ لأنه أمكن تصحيحه معاوضة، وفيه أثر عثمان رضي الله عنه، فإنه صالح امرأة عبد الرحمان بن عوف رضي الله عنه عن ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار[3].

---

[1] - لأنهما لما اشتركا في المقبوض لا بد من بقاء الباقي على ما كان من الشركة (المصدر السابق).

[2] - في (م): "المببيع" والصواب ما كتبناه كما في الهداية.

[3] - وفي الطبقات لابن سعد في ترجمة عبد الرحمن بن عوف: أن عبد الرحمن بن عوف توفي، وكان فيما ترك ذهب، قطع بالفؤوس حتى مجلت منه أيدي الرجال، وترك أربع نسوة فأخرجت منهن امرأة من ثمنها بثمانين ألفاً وعن عمرو بن أبي سلمة عن أبيه قال: صولحت امرأة عبد الرحمن من نصيبها ربع الثمن على ثمانين ألفاً (السنن الكبرى للبيهقي ١٠٧/٦، كتاب الصلح، باب صلح المعاوضة (رقم: ١١٣٥٥)، وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه قال: أخبرنا ابن عيينة عن عمرو بن دينار أن امرأة عبد الرحمن بن عوف أخرجها أهله من ثلث الثمن بثلاثة وثمانين ألف درهم (مصنف عبد الرزاق: ٢٨٩/٨، رقم (١٥٢٥٥٦)، كتاب البيوع، باب المرأة تصالح على ثمنها).

٣٧٩- وإن كانت التركة فضة فأعطوه ذهبا أو على عكسه جاز أيضا ويعتبر التقابض في المجلس[١].

٣٨٠- وإن كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك، فصالحوه على ذهب أو فضة، فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر[٢] من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله، والزيادة بحقه من بقية الميراث احترازا عن الربوا، ولا بد من القبض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة، لأنه صرف فى هذا القدر[٣].

٣٨١- ولوكان بدل الصلح عروضا جاز مطلقا لعدم الربوا.

٣٨٢- ولو كان في التركة دين على الناس فأدخلوه فى الصلح على أن يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لهم فالصلح باطل؛ لأن فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين وهو حصة المصالح، وإن شرطوا على أن يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح

---

[١] - لأنه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي لكن يعتبر القبض في المجلس لكونه صرفاً انظر: الهداية والعناية مع تكملة الفتح ٤٦٢/٨ فصل في التخارج.

[٢] - فإن كان مساوياً لنصيبه أو أقل أو لا يعلم مقدار نصيبه بطل الصلح لوجود الربا، أما إذا كان مساوياً فلزيادة العروض وإذا كان أقل فلزيادة العروض وبعض الدراهم، وإن كان مجهولاً ففيه شبهة ذلك فتعذر تصحيحه بطريق المعاوضة (العناية مع تكملة فتح القدير ٤٦٣/٨، فصل في التخارج، دار الكتب العلمية).

[٣] - كذا في الهداية ٢٥٦/٣.

جائز لأنه إسقاط، إذ هو تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز[1]. فالحيلة فيه أن يقرضوا الورثة المصالح مقدار نصيبه ثم يصالحوا عما وراء الدين، وهو يحيل دينه على المديون حتى تأخذ الورثة منه يجوز.

٣٨٣- ولو كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح؛ لأن الورثة لا يتملكونها، وإن لم يكن مستغرقا، قيل: لا يجوز أيضا؛ لأن قضاء الدين مقدم على الميراث، ولو فعلوا يجوز استحساناً[2].

٣٨٤- ومن كان له على آخر ألف درهم، فقال: أد إليّ غدا خمس مأة على أنك بريء من الفضل ففعل فقد برئ، وإن لم يدفع إليه خمس مأة غدا عاد الألف عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله؛ لأن الإبراء مقيد بالأداء، فيفوت بفواته، وكلمة "على" كما يحتمل[3] للمعاوضة يحتمل للشرط أيضا، وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يعود الدين لأنه إبراء مطلق؛ لأن الأداء لا يصلح [عوضا][4] لكونه مستحقا عليه.

٣٨٥- ولو قال: إن لم تعط[5] اليوم خمس مأة فالألف عليك بحالها،

---

[1] - ر: الهداية مع الفتح ٤١٠/٧

[2] - ر: الهداية مع الفتح ٤٦٦/٨ فصل في التخارج.

[3] - وفي (م): "يحصل" ولعل الصواب ما كتبناه.

[4] - ما بين القوسين زدناه من الهداية؛ لأن حد المعاوضة أن يستفيد كل واحد ما لم يكن قبلها، والأداء مستحق عليه لم يستفد به شيء لم يكن فجرى وجوده أي وجود جعل الأداء عوضاً مجرى عدمه فبقي الإبراء مطلقاً وهو لا يعود، كما إذا بدأ بالإبراء ولهما: أن هذا إبراء مقيد بالشرط والمقيد بشرط يفوت بفواته (العناية مع تكملة فتح القدير ٤٤٩/٨، باب الصلح في الدين).

[5] - وفي (م): "يعطي" والصحيح ما كتبناه في المتن، وفي الهداية: إن لم تدفعها

ولم يعطه عاد الألف.

٣٨٦- ولو قال: أبرأتك من خمس مأة من الألف على أن تعطيني الخمس مائة غدا، يبرأ عن الخمس مأة أعطاها أو لم يعطها؛ لأنه أطلق الإبراء أولاً[١]، بخلاف المسئلة الأولى حيث ذكر الإبراء بعد الأداء.

٣٨٧- ولو قال: أد إليّ خمسمأة على أنك بريء من الباقي يصح الإبراء ولا يعود الدين؛ لأنه إبراء مطلق؛ لأنه لم يوقت للأداء وقتا.

٣٨٨- ولو قال: إن أديت أو إذا أديت أو متى أديت لا يصح الإبراء لأنه علقه بالشرط، وتعليق البراءة بالشروط باطل لما مر[٢].

٣٨٩- ولو قال: صالحتك في هذا كله، فهو على هذا الوجوه الذي ذكرنا.

٣٩٠- ولو قال: لا أقرلك حتى تحط عني، فحط عنه جاز إذا قال سرّا؛ لأنه ليس بمنكر، أما إذا قال علانية يؤخذ به[٣] والله أعلم.

---

إليّ غداً... (الهداية ٣/٢٥٢).

[١] - وأداء الخمس مائة لا يصلح عوضاً مطلقاً ولكنه يصلح شرطاً فوقع الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد به بخلاف ما إذا بدأ بأداء خمس مائة؛ لأن الإبراء حصل مقروناً به (الهداية مع تكملة الفتح ٨/٤٥٠ باب الصلح في الدين).

[٢] - أي لما فيها من معنى التمليك حتى يرتد بالرد (الهداية مع تكملة فتح القدير باب الصلح في الدين).

[٣] - وهذه المسألة على وجوه خمسة وانظر للتفصيل الهداية مع تكملة فتح القدير ٨/٤٥١، ٤٥٢، باب الصلح في الدين، دار الكتب العلمية.

# كتاب الحجر

٣٩١- الحجر هو المنع لغة، ومنه سمي الحطيم حجرا؛ لأنه منع عن دخول الكعبة، والعقل يسمى حجرا؛ لأنه يمنع عن القبائح[١].

٣٩٢- وفي عرف الفقهاء أنه عبارة عن منع حكمي، و يصير تصرف المحجور في حال لا يفيد الملك بعد القبض، بخلاف البيع الفاسد[٢].

٣٩٣- الحجر هو المنع لحق الغير، والنهي هو المنع لحق الشرع.

٣٩٤- الأسباب الموجبة للحجر ثلاثة: الصغر، والجنون، والرق[٣]، والأصل فيه قوله تعالى في حق اليتامى: ﴿فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾[٤] فعلم أن الصغير محجور لنقصان عقله، فيتوقف تصرفه إلى إجازة وليه، والمجنون محجور لعدم عقله، فلا يجوز تصرفه أصلاً[٥]،

---

[١] - ر: القاموس المحيط ٥٩٢/١، أنيس الفقهاء: ٢٦٥، ورد المحتار ١٩٧/٩.

[٢] - والمناسب في تعريفه ما في الإيضاح بقوله: وفي اصطلاح الفقهاء عبارة عن منع مخصوص بشخص مخصوص عن تصرف مخصوص أو عن نفاذه، كما في رد المحتار على الدر المختار ١٩٨/٩، دار الكتب العلمية.

[٣] - وهذا بالإجماع (فتاوى هندية ٥٤/٥).

[٤] - النساء: ٦.

[٥] - لا يصح تصرف الصبي إلا بإذن وليه ولا تصرف عبد إلا بإذن سيده رعاية

وأما الرق فليس بسبب للحجر في نفسه في الحقيقة[1]؛ لأن العبد أهل للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز، وصلاحية الذمة للالتزام من البشر، وبالرق لا يخرج من البشرية، إلا أن ذمته ضعيف فيمنع عن التصرف لحق المولى حتى لا يتضرر هو به، ولا ينفذ إقراره على مولاه، فجعل محجورا لأجله، ولكن ينفذ في حق نفسه بعد الحرية لوجود الأهلية وزوال المانع، وينفذ طلاقه[2] للحديث[3].

٣٩٥- ومن باع من هؤلاء الأشياء أو اشتراه، فإنه موقوف إلى

---

لحق سيده كيلا تتعطل منافع المملوك ... ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب أصلاً لو أجازه الولي (فتاوى هندية ٥/٥٤).

[1] - لأنه مكلف محتاج كامل الرأي كالحر غير أنه وما في يده ملك المولى، فلا يجوز له أن يتصرف لأجل حق المولى والإنسان إذا منع عن التصرف في ملك لا يكون محجوراً عليه كالحر، لا يقال: إنه محجور عليه مع أنه ممنوع عن التصرف في ملك الغير، ولهذا يؤخذ العبد بإقراره بعد العتق لزوال المانع وهو حق المولى، ولعدم نفوذه في الحال وتأخره إلى ما بعد الحرية جعله من المحجور عليه (رد المحتار ٩/٢٠٠، دار الكتب العلمية).

[2] - يصح طلاقه وإقراره بالحد والقصاص، أما إقراره بالمال فلا يصح في حق مولاه، ويصح في حق نفسه حتى يؤاخذ بعد العتاق (بدائع الصنائع ٧/٢٥٢، دار الفكر، ورد المحتار ٩/٢٠١).

[3] - أي ما روي عن النبي -ﷺ-: "كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله" (سنن الترمذي مع تحفة الأحوذي ٤/٣١٠، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان).

إجازة المولى أو الولي[1]؛ لأنه لا ضرر فيه.

٣٩٦- وإقرار الصبي، والمجنون، وعقودهما كالنكاح والخلع وغيره لا يعتبر أصلاً[2].

٣٩٧- وإقرار العبد وعقده لا ينفذ في حال رقه[3].

٣٩٨- وأما أفعالهم في حق وجوب الضمان معتبرة[4]، لأن الأفعال الحسية لا مرد له؛ لأن الحجر لا يؤثر في الأفعال؛ لأن اعتبار الأفعال لا يتوقف على القصد كالنائم إذا انقلب على مال إنسان فأتلفه يضمن،

---

[1] - ومن باع من هؤلاء شيئاً وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار إن شاء أجازه إذا كان فيه مصلحة، وإن شاء فسخه، لأن التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه، وفي الصبي والمجنون نظراً لهما، (الهداية ٣٥٢/٣، كتاب الحجر).

[2] - كذا في الفتاوى الهندية: ٥٤/٥، والدر المختار ٢٠٢/٩.

[3] - الرقيق يصح منه قبول الهبة والصدقة والوصية، وكذا يصح طلاقه وإقراره بالحدود والقصاص، وأما إقراره بالمال فلا يصح في حق مولاه، ويصح في حق نفسه حتى يؤاخذ به بعد العتاق، وأما البيع وغيره من التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع فلا ينفذ بل ينعقد موقوفاً على إجازة المولى، (بدائع الصنائع ٢٥٢/٧، كتاب الحجر والحبس ط: دار الفكر بيروت لبنان، الهداية ٣٥٣/٣).

[4] - وأما التصرفات الفعلية وهي الغصوب والإتلافات فهذه العوارض وهي الصبا، والجنون، والرق، لا توجب الحجر فيها حتى لو أتلف الصبي والمجنون شيئاً فضمانه في مالهما، وكذا العبد إذا أتلف مال إنسان فإنه يؤاخذ به لكن بعد العتاق، (بدائع الصنائع ٢٥٢/٧، كتاب الحجر والحبس، دار الفكر).

ولكن الحجر يؤثر في الإقرار؛ لأن اعتبار الإقرار يتوقف على القصد ولا قصد للصبي والمجنون فلا ينفذ إقرارهما أصلاً.

٣٩٩- وأبو حنيفة رحمه الله لا يرى الحجر على الحر البالغ العاقل السفيه، أي إذا بلغ عاقلاً[١]، وحكي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال: لا يجوز الحجر إلا على ثلاثة: المفتي الماجن، والطبيب الجاهل، والمكاري المفلس لما فيه من الضرر العام، فإن المفتي الماجن يفسد دين الناس، والطبيب الجاهل يفسد أبدانهم، والمكاري المفلس يتلف أموالهم، وأما السفيه فهو يعمل خلاف موجب الشرع باتباع الهوى، ولكنه عاقل ومخاطب يتصرف في نفسه، فلا يحجر عليه كالرشيد وفي سلب ولايته

---

[١] - وإن كان مبذراً مفسداً يتلف ماله فيما لا غرض له فيه، ولا مصلحة، وقال أبويوسف ومحمد - رحمهما الله - وهو قول الشافعي: يحجر على السفيه، ويمنع من التصرف في ماله، لأنه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظراً له اعتباراً بالصبي بل أولى؛ لأن الثابت في حق الصبي احتمال التبذير، وفي حقه حقيقته ولهذا منع عنه المال، ثم هو لا يفيد بدون الحجر لأنه يتلف بلسانه ما منع من يده، ولأبي حنيفة - رحمه الله- أنه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتباراً بالرشيد، وهذا لأن في سلب ولايته إهدار آدميته وإلحاقه بالبهائم، وهذا أشد ضرراً من التبذير فلا يتحمل الأعلى لدفع الأدنى، حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطيب الجاهل، والمفتي الماجن، والمكارئ المفلس جاز فيما يروى عنه، إذ هو دفع ضرر الأعلى بالأدنى، (الهداية ٣/٣٥٣-٣٥٤، وانظر: الخانية ٦٣٤/٣، تكملة فتح القدير ٢٦٦/٩ كتاب الحجر، ورد المحتار ٢٠٤/٩).

إهدار آدميته وإلحاقه بالبهائم، وهذا أشد ضررا من التبذير.

وقال أبو يوسف، ومحمد، والشافعي رحمهم الله: يحجر على السفيه ويمنع من التصرف في ماله؛ لأنه مبذر ماله كالصبي، والخلاف بينه و بين عامة العلماء في العقود التي يحتمل الفسخ كالبيع والشراء، والتي لا تحتمل الفسخ كالنكاح والطلاق يجوز فيه الحجر بالإجماع[1]؛ لأن السفيه يشبه الصبي من وجه من حيث أنه مبذر مفسد لمكابرة عقله، ويشبه البالغ من وجه من حيث أنه متلف مخاطب، فيحجر عن البعض ويطلق عن البعض عملا بالشبهتين.

٤٠٠- ثم الصبي إذا بلغ غير رشيد لم يسلم إليه ماله عند أبي حنيفة رحمه الله حتى يتم له خمس وعشرون سنة، ثم يسلم إليه ماله، وإن لم يؤنس منه الرشد، كما إذا بلغ رشيداً ثم صار سفيها يجوز تصرفه، وقالا: لا يدفع إليه ماله حتى يؤنس منه رشده[2]، وأجمعوا على أن المال لا يدفع إليه بالبلوغ حتى يؤنس رشده بالنص، لكن اختلفوا في وقت الدفع، ولا يجوز بيعه عندهما[3]، وفي إعتاق عبده خلاف للشافعي رحمه الله، أي لا ينفذ إعتاقه عبده[4]. والأصل فيه عندهما أن كل

---

[1] - الكفاية على الهداية ١٩١/٨.

[2] - كذا في الهداية ٣٥٤/٣، وانظر: المبسوط للسرخسي (١٦٨/٨-١٦٩).

[3] - هذا التفريع على قول من يرى الحجر، فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه إذا باع توفيراً لفائدة الحجر عليه، وإن أعتق عبداً نفذ عتقه عندهما، وعند الشافعي -رحمه الله- لا ينفذ (الهداية ٣٥٥/٣ باب الحجر للفساد).

[4] - ر: المجموع ١٦/١٣.

تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا؛ لأن السفيه في معنى الهازل لاتباع هواه، ومكابرة عقله[1]، وعنده الحجر بسبب السفه كالحجر بالرق.

٤٠١- والفاسق إذا كان مصلحا لماله لا يحجر عندنا خلافا له[2]، والفسق الأصلي والطاري فيه سواء[3].

٤٠٢- وحد البلوغ بالسن في الغلام ثماني عشرة سنة، وفي الجارية سبع عشرة سنة عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا للغلام والجارية: خمس عشرة سنة، وهو قول الشافعي رحمه الله[4].

وأما بالعلامة: وهو الاحتلام، والإنزال، والحيض[5].

---

[1] - لأن السفيه في معنى الهازل من حيث أن الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله، فكذلك السفيه، والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه، والأصل عنده أن الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده شيء من تصرفاته إلا الطلاق كالمرقوق، (الهداية ٣/٣٥٥ باب الحجر للفساد).

[2] - ولا يحجر الفاسق الذي يرتكب المعاصي إذا كان لا يبذر ولا يسرفه في ماله، وقال الشافعي رحمه الله: يحجر على الفاسق أيضاً، (فتاوى تاتارخانية ٣/٦٣٥).

[3] - كذا في الفتاوى الهندية ٥/٦٠.

[4] - ر: بدائع الصنائع ٦/١٧٧، الهداية ٣/٣٥٨، والمبسوط للسرخسي ٨/١٦٨.

[5] - البلوغ في الغلام يعرف بالاحتلام والإحبال والإنزال، وفي الجارية يعرف بالحيض والاحتلام والحبل فإن لم يوجد شيء من ذلك فيعتبر بالسن (بدائع الصنائع ٧/٢٥٣، كتاب الحجر والحبس، دار الفكر، الفتاوى الهندية ٥/٦١).

وأدنى المدة لذلك في حق الغلام اثنتا عشرة سنة، وفي الجارية تسع سنين.

٤٠٣- وإذا راهق الغلام أو الجارية وأشكل أمره[١] وقال: قد بلغت، فالقول قوله، وأحكامه أحكام البالغين؛ لأن الظاهر أن المعنى فيه لا يعرف إلا من جهته، فيقبل قوله فيه، كقول المرأة فى حيضها[٢].

٤٠٤- وقال أبوحنيفة رحمه الله: لا أحجر في الدين، إذا وجبت الديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه، لم أحجر عليه؛ لأن في الحجر إهدار أهليته لما قلنا، فلا يجوز هذا لدفع ضرر خاص[٣]. وإن كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم؛ لأنه نوع حجر، ولكنه يحبسه أبدا حتى يبيعه في دينه، إيفاء لحق الغرماء، ودفعا لظلمه عنهم، وقالا: إذا طلب غرماء المفلس[٤] الحجر عليه، حجر القاضي عليه ومنعه من البيع بأقل من قيمته[٥]، والتصرف والإقرار حتى لا يضر بالغرماء؛ لأن

---

[١] - أي أشكل أمره في البلوغ ولم يعلم ذلك إلا منه فقال: قد بلغت فالقول قولهما، ثم قيل: إنما يعتبر قوله بالبلوغ إذا بلغ اثنتي عشرة سنة أو أكثر، ولا يقبل فيما دون ذلك؛ لأن الظاهر يكذبه (انظر: تكملة شرح فتح القدير ٢٧٧/٩، دار الكتب العلمية).

[٢] - كذا في الهداية ٣٥٨/٣، بدائع الصنائع ١٧٨/٦.

[٣] - كذا في الهندية ٦١/٥، الهداية ٣٥٨/٣.

[٤] - في (م): "المفسد" والصواب ما كتبناه كما في الهداية، وفتاوى النوازل.

[٥] - أما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء، والمنع لحقهم فلا يمنع منه كذا في الهداية مع تكملة فتح القدير ٢٨١/٩ باب الحجر بسبب الدين.

فيه نظر للغرماء.

٤٠٥- وإن كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي بغير أمره[١]، وهذا بالإجماع؛ لأن لصاحب[٢] الحق حق الأخذ من غير رضاه، فللقاضي أن يعينه.

٤٠٦- وإن كان دينه دراهم، وله دنانير أو على عكسه باعها القاضي في دينه عند أبي حنيفة رحمه الله، لأنهما متحدان[٣] في المالية والثمنية، مختلفان في الصورة، والقياس أن لا يبيعه كما في العروض[٤].

٤٠٧- فإن أقر في حال الحجر بإقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون؛ لأن المال في يده تعلق بحق الغرماء[٥] بالحجر، فلا يجوز إبطاله بإقراره لغيرهم، بخلاف الاستهلاك[٦]؛ لأنه فعل حسي لا مرد له، ولو

---

١ - وفي (م): "بأمر" والصواب ما كتبناه، كما في الهداية (٣/٣٥٩)، والفتاوى الهندية (٥/٦٢).

٢ - وفي (م): "صاحب الحق"، والصحيح ما كتبناه، وفي الهداية: "لأن للدائن حق الأخذ" (٣/٣٥٩).

٣ - وفي (م): "متحد"، والصحيح ماكتبناه.

٤ - كذا في الهداية ٣/٣٥٩، والفتاوى الهندية ٥/٦٢.

٥ - وفي الهداية: لأنه تعلق بهذا المال حق الأولين فلا يتمكن من إبطال حقهم بالإقرار لغيرهم (انظر: الهداية، باب الحجر بسبب الدين).

٦ - بخلاف الاستهلاك حيث يلزمه ضمانه في الحال ويكون المتلف عليه أسوة لسائر الغرماء، لأنه فعل حسي بخلاف الإقرار فإن سببه محتمل (العناية

استفاد مالا آخر بعد الحجر ينفذ إقراره فيه؛ لأن حقهم لم يتعلق به لعدمه وقت الحجر.

٤٠٨- ومن أفلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه عندنا، وقال الشافعي رحمه الله: للبائع الخيار في فسخه[١]؛ لأنه عجز المشتري عن إيفاء الثمن، فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع، أو كعجز المسلم إليه عن تسليم المسلم فيه، ولنا أن الإفلاس يوجب العجز عن تسليم العين إلى الغير؛ لأنه تحقيق المبادلة بقبض العين[٢]. وأما الثمن وصف في الذمة بخلاف السلم؛

---

وتكملة شرح فتح القدير ٢٨٢/٩، ٢٨٤، باب الحجر بسبب الدين، دار الكتب العلمية).

[١] - إن كان في الغرماء من باع منه شيئاً قبل الإفلاس، ولم يأخذ من ثمنه شيئاً، ووجد عين ماله على صفته، ولم يتعلق به حق غيره فهو بالخيار بين أن يترك ويضرب مع الغرماء بالثمن وبين أن يفسخ البيع ويرجع في عين ماله، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي -ﷺ-: قال: "من باع سلعة، ثم أفلس صاحبها فوجدها بعينها فهو أحق بها من الغرماء"، (المهذب ٢٥٣/٣، دار القلم دمشق).

[٢] - هكذا في (م) وهو غير واضح، وإليك ما في الهداية في هذا المقام: ولنا أن الافلاس يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد، وفي العناية: (لأنه يوجب العجز عن تسليم العين المنقودة من الدراهم والدنانير) فلا يثبت حق الفسخ باعتباره، وإنما المستحق وصف في الذمة أعني الدين، وبقبض العين تتحقق بينهما مبادلة فيجب اعتبارها (الهداية والعناية مع تكملة شرح فتح القدير ٢٨٦/٩ باب الحجر بسبب الدين).

لأن المسلم فيه عين، فإذا عجز عن تسليمه فيفسخ؛ لأن الاستبدال ممتنع فيه، وبخلاف المرتهن؛ لأنه مختص به يدا فهو أحق به.

٤٠٩- ولو أفلس قبل قبض المبيع، فصاحب المتاع أولى بثمنه؛ لأن له ولاية الحبس كالمرتهن في ثمن المرهون[١].

---

[١] - كذا في البحر الرائق ١٥٢/٨، ومجمع الأنهر ٤٤٣/٢-٤٤٤.

# كتاب المأذون

٤١٠- الإذن هو الإعلام لغة، والإذن هو الإطلاق عن الشيء، وهو ضد الحجر.

٤١١- وفي عرف الفقهاء: هو فك الحجر الثابت بالرق شرعاً[١]، وإثبات اليد للعبد في كسبه كالكتابة، إلا أن الكتابة لازمة لما فيها من العوض، والإذن غير لازم لعدم العوض فيه، كالهبة مع البيع، وهذا لأن العبد أهل للتصرف لما قلنا إلا أن ذمته ضعيف برقه، فيمنع عن التصرف، والحجر عليه لحق المولى حتى لا يتضرر بتصرفه.

٤١٢- فإذا رضي المولى به بالإذن يكون إسقاط حقه منه فيجوز، ولهذا لا يرجع على المولى بما لحقه من العهدة[٢].

٤١٣- ولا يقبل التأقيت حتى لو أذن لعبده يوماً أو شهراً يكون مأذوناً أبداً، حتى يحجر عليه؛ لأنه إسقاط كسائر الإسقاطات.

٤١٤- ثم الإذن كما يثبت بالصريح كقوله: أذنت لك في التجارة، يثبت بالدلالة أيضاً، كما إذا رأى عبده يبيع ويشتري فسكت يصير مأذوناً عندنا، خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله[٣].

---

[١] - ر: تكملة فتح القدير ٢٨٧/٩، كتاب المأذون، دار الكتب العلمية.

[٢] - كذا في بدائع الصنائع ٢٢٣/٦، والبحر الرائق ١٥٧/٨.

[٣] - فإن رآه يتجر فسكت لم يصر مأذوناً له، لأنه تصرف يفتقر إلى الإذن فلم يكن السكوت إذناً فيه، (المجموع ١٤٦/١٥).

والسكوت إذن من الساكت دلالة كسكوت البكر، والشفيع، والأب عند الولادة، والمولى في أم ولده، وبسكوت مجهول النسب عند البيع[1].

ولا فرق بين أن يبيع عيناً مملوكاً للمولى أو للأجنبي بإذنه أو بغير إذنه بيعاً صحيحاً أو فاسداً؛ لأن اعتبار الإذن بالرضاء، وقد وجد فيه حتى لا يتضرر الناس بالمعاقدة به؛ لأن المولى لو لم يكن راضياً لمنعه منه دفعاً للضرر عنهم[2].

٤١٥- فإذا أذن له إذناً عاماً يبيع، ويشتري، ويرهن، ويرتهن، ويستأجر، ويبضع، وتصرفه جائز في جميع التجارات وتوابعه، وإن أذن له في نوع منها كقوله: أقعد صبّاغاً أو قصّاراً، فهو مأذون في جميعها[3]، خلافاً لزفر والشافعي رحمهما الله[4]؛ لأنه إسقاط الحق وفك الحجر، وزوال المانع على ما بينا، فلا يتخصص بنوع دون نوع.

٤١٦- والنهي عن التصرف في نوع على هذا الخلاف[5] بخلاف

---

[1] - ر: بدائع الصنائع ٢١١/٦.

[2] - ر: تكملة فتح القدير ٢١٤/٨-٢١٥.

[3] - كذا في البحر الرائق ١٥٨/٩.

[4] - ولا يتجر إلا فيما أذن به، لأن تصرفه بالإذن فلا يملك إلا ما دخل فيه، (المجموع ١٤٧/١٥).

[5] - يعني إذا نهاه عن التصرف في نوع آخر من التجارة بعد أن أذن له في نوع مخصوص منها فالخلاف فيه كالخلاف فيما إذا سكت عن النهي عن التصرف في نوع آخر منها بعد أن أذن له في نوع مخصوص منها كذا في تكملة شرح فتح القدير ٢٩٣/٩ كتاب المأذون، دار الكتب العلمية.

الوكيل فإنه قائم مقام المؤكل فى تحصيل ما أمربه، فتثبت الولاية له من جهته في ماله، بخلاف العبد فإن الملك يقع له.

٤١٧- وتعليق الإذن بشرط يجوز[١] كقوله: إذا جاء العبد أذنت لك في التجارة فكذا التوكيل، وأما تعليق الحجر والعزل بشرط لا يجوز.

٤١٨- وإذا أذن له في شيء بعينه مثل شراء طعام لأهله[٢]، وكسوتهم لا يكون مأذوناً؛ لأنه استخدام لا فك الحجر[٣].

٤١٩- ولو قال المولى لعبده: ما أنهاك عن التجارة يصير مأذوناً[٤].

٤٢٠- فإذا أذن له إذناً عاماً في التجارة يبيع ويشتري ويرهن ويرتهن؛ لأنها من أنواع التجارة، فيتناولها الإذن[٥]، وكذا الغبن اليسير في تصرفه يدخل في الإذن لتعذرالاحتراز عنه، بخلاف الفاحش.

٤٢١- وإذا باع شيئا وحط من الثمن شيئاً، إن حط مثل ما يحطه

---

[١] - وأما الإذن المعلق بشرط فهو أن يقول: إن قدم فلان فقد أذنت لك بالتجـــارة والمضاف إلى وقت أن يقول: أذنت لك بالتجارة غدا أو رأس شهر كذا، وكل واحد من النوعين يصح (بدائع الصنائع ٦/٢١٠).

[٢] - وزاد في الأصل: "زاد"، وهو غير مفهوم.

[٣] - إذا أذن المولى في شيء بعينه مثل أن يقول: اشتر هذا الثوب بعينه أو ثوبـــاً لكسوة أو طعاماً رزقاً لأهله لم يكن مأذوناً، لأنه استخدام (العناية مع تكملـــة فتح القدير ٢٩٥/٩ كتاب المأذون، دار الكتب العلمية).

[٤] - كذا في الفتاوى الهندية ٦٦/٥.

[٥] - ر: البحر الرائق ١٥٨/٩.

التجار أو حطه بالعيب يجوز، وإلا فلا[1].

٤٢٢- وليس له أن يتزوج؛ لأنه ليس بتجارة، ولا يزوج مماليكه، وقال أبو يوسف رحمه الله: يزوج الأمة كالمكاتب، لأنه يحصل المال به فأشبه إجارتها[2]، وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون، والمضارب، والشريك، والأب، والوصي[3].

٤٢٣- ولا يهب بعوض ولا بغير عوض، ولا يتصدق؛ لأنه تبرع، إلا أن يهدي اليسير من الطعام أو يضيف من يطعمه؛ لأنه من ضرورات التجارة، وعن أبي يوسف رحمه الله أن المولى إذا أعطى العبد المحجور قوت يومه، وهو أكل مع بعض رفقائه لابأس به، بخلاف قوت شهر[4].

٤٢٤- وإذا تعلق برقبته ديون التجار يباع للغرماء، إلا أن يفديه المولى كدين الاستهلاك دفعاً للضرر عن الغرماء؛ لأن وجوب الدين في ذمته بسبب، وهو حاصل بإذنه، فيتعلق برقبته وكسبه إلا أنه يبدأ بكسبه

---

[1] - وله أن يحط من الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار لأنه من صنيعهم ... بخلاف ما إذا حط من غير عيب، لأنه تبرع محض بعد تمام العقد فليس من صنيع التجار (الهداية ٣/٣٦٥).

[2] - كذا في الهداية ٣/٣٦٤.

[3] - يعني أن هؤلاء لا يملكون تزويج العبد بالاتفاق، ولا تزويج الأمة عندهما خلافاً لأبي يوسف رحمهم الله (العناية مع تكملة شرح فتح القدير ٩/٢٩٨، كتاب المأذون، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[4] - ر: الهداية ٣/ ٣٦٤، وفتح القدير ٨/٢٢٢.

أولاً، ثم برقبته، وقال زفر والشافعي رحمهما الله: لا يباع في دينه؛ لأن الرقبة ملك المولى ويباع كسبه فى دينه بالإجماع[1].

٤٢٥- ولو حجر عليه لا ينحجر حتى يظهرحجره بين أهل سوقه جميعاً أو أكثرهم دفعاً للضرر عنهم، والمعتبر شيوع الحجر واشتهاره عند الأكثر، وهذا فى الإذن العام[2]، وفى غيره الحجر يثبت بما يثبت به الإذن، حتى لو علم رجلان بحجره ينحجر كالإذن، ولا يصح بدون علم العبد، وإن أذن له ولم يعلم به أحد إلا العبدكفى بعلم العبد عند الحجر لما عرف أن الفسخ يكون بالمثل لا بما دونه.

٤٢٦- ولو مات المولى أو جن ينحجر، وكذا لو أبق العبد عندنا، خلافاً للشافعي رحمه الله، وكذا إذا ولدت المأذونة من مولاها خلافاً لزفر رحمه الله.

٤٢٧- وإذا حجر ثم أقرّ فإقراره جائز فيما في يده من المال، أنه أمانة الغير أو الغصب عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن المولى لا يملك ما في يد العبد المديون من المال إذا كان الدين محيطاً برقبته وماله عند

---

[1] - كذا في البحر الرائق ١٦٩/٨-١٧٠، وفتح القدير ٢٢٢/٨.

[2] - وقال في الهداية: ويشترط علم أكثر أهل سوقه، حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه إلا رجل أو رجلان لم ينحجر ولو بايعوه جاز، وإن بايعه الذي علم بحجره وقال في العناية: لأن الإذن لا يتجزأ، وإنما يشترط الشيوع في الحجر إذا كان الإذن شائعاً أما إذا لم يعلم به إلا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر (الهداية والعناية مع تكملة فتح القدير ٣٠٢/٩، دار الكتب العلمية بيروت).

أبي حنيفة رحمه الله كالوارث إذا كانت التر كة مستغرقة في الديون. وصحة إقراره باعتبار ما في يده لا باعتبار كونه مأذوناً ويده باقية بعد الحجر؛ لأن المال فى يده، فلو أخذ المال من يده ثم أقرّ لا يصح، وكذا لو أخذ المال من يده ولم يحجر عليه لا يصح إقراره لثبوت يدالمولى فيه حقيقتاً وحكماً، وقالا: يملكه[1]؛ لأنه زال المانع بالحجر، ووجد سبب الملك في عبده ورقبته له ولهذا يملك إعتاقه.

٤٢٨- وإذا باع العبد المديون من المولى شيئاً بنقصان لم يجز[2] عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه متهم فيه، بخلاف ما اذا باع وحابى للأجنبي؛ لأنه لا يتهم فيه عنده.

٤٢٩- والمحاباة اليسيرة والفاحشة في حق المولى [لا يجوز][3] إن شاء أزال المحابات، وإن [شاء][4] نقض البيع، وفي حق الأجنبي المحابات الفاحشة لا يجوز واليسيرة يجوز؛ لأن اليسير متردد بين التبرع والمبادلة لدخوله تحت تقويم المتقومين، فاعتبر تبرعاً في حق المولى للتهمة، وغير تبرع في حق الأجنبي لانعدامها.

[1] - أي لا يجوز إقراره، والمولى يملك ما في يد العبد المديون من المال؛ لأن المصحح لإقراره إما الإذن أو اليد ولا شيء منهما بموجود بعد الحجر، أما الإذن فلزواله بالحجر، وأما اليد فلأن الحجر أبطلها لأن يد المحجور عليه غير معتبرة شرعاً (الهداية والعناية مع تكملة فتح القدير ٣٠٣/٩، دار الكتب العلمية).

[2] - وإذا باع العبد الماذون المديون من مولاه شيئا بمثل قيمته جاز بالاتفاق.

[3] - ما بين القوسين زدناه تصحيحاً للمسألة، وانظر للتفصيل الهداية في نفس الباب.

[4] - ما بين القوسين زدناه تصحيحاً للعبارة.

وغير تبرع في حق الأجنبي لانعدامها.

٤٣٠- وإذا باع المولى من العبد شيئاً بمثل القيمة أو أقل جاز، فإن سلم المبيع إليه قبل قبض الثمن بطل الثمن؛ لأن المولى لا يستوجب على عبده ديناً، بخلاف ما إذا كان الثمن عروضاً حيث يبقى حقه متعلقاً بالعين.

٤٣١- ولو باع المريض من الوارث شيئاً بمثل القيمة لم يجز عنده أيضاً؛ لأن فيه حق الورثة، بخلاف حق الغرماء، لأنه يتعلق في الذمة دون الكسب.

٤٣٢- وإن أعتقه المولى يجوز عتقه لبقاء ملكه و يضمن قيمته للغرماء، وما بقي يطالب به المعتق بعد الحرية[١].

٤٣٣- ولو باعه المولى وقبضه المشتري وغيبه[٢]، فالغرماء بالخيار إن شاءوا ضمنوا البائع قيمته، وإن شاءوا ضمنوا المشتري، ولو أعلمه البائع[٣] أن يقول: إنه مديون، فللغرماء أن يردوا البيع إن لم يصل الثمن إليهم، ولو غاب البائع فلا خصومة بينهم وبين المشتري

---

[١] - وفي الهداية والعناية: وإذا أعتق المولى عبده المأذون له وعليه ديون فإعتاقه جائز لبقاء ملكه فيه، والمولى ضامن للغرماء قيمة العبد؛ لأنه أتلف ما تعلق به حقهم بيعاً واستيفاء من ثمنه، وما بقي من الديون يطالب به بعد العتق، لأن الدين في ذمته (الهداية والعناية مع تكملة فتح القدير ٣٠٩،٣١٠/٩، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان).

[٢] - وعليه دين يحيط برقبته كما في الهداية.

[٣] - أي إذا قال المولى هذا العبد الذي أبيعه مديون.

عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله[١]، وقال أبو يوسف رحمه الله: هو خصم فيه.

٤٣٤- عبد قدم في المصر وقال: أنا عبد لفلان، فأخبر بالإذن فباع واشترى، فهو جائز [وإن لم يخبره فتصرفه جائز][٢] أيضاً اعتباراً بالظاهر، وإن لحقته ديون لا يباع حتى يحضر المولى؛ لأن قوله لا يقبل في رقبته، لأنها خالص حق المولى بخلاف الكسب.

---

[١] - أي إذا أنكر الدين وإنما قيد بالإنكار؛ لأن المشتري إذا أقر بدينهم وصدقهم في الدعوى كان لهم أن يردوا البيع بلا خلاف... قال أبويوسف: المشتري خصمهم ويقضي لهم بدينهم... لأبي يوسف أنه يدعي الملك لنفسه فيكون خصماً لكل من ينازعه، ولهما أنه لو جعل خصماً لادعى عليه، والدعوى تتضمن فسخ العقد، والعقد قد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب (الهداية والعناية مع تكملة شرح فتح القدير ٣١٣/٩، ٣١٤، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان).

[٢] - ما بين القوسين زدناه من فتاوى النوازل لأبي الليث السمرقندي ص: ٤٢٢ ط دار الإيمان، وانظر أيضاً الهداية مع تكملة الفتح ٣١٤/٩، ٣١٥، دار الكتب العلمية.

# فصل

٤٣٥- وإذا أذن ولي الصبي للصبي العاقل في التجارة، فهو كالإذن للعبد عندنا، وقال الشافعي رحمه الله: لا ينفذ تصرف الصبي أصلاً؛ لأن حجره لصباه، فيبقى به وصار هذا كالطلاق والعتاق، بخلاف الصوم والصلاة؛ لأنه لا يقام بالولي، والبيع والشراء يتولاه وليه وكونه موليا عليه يدل أن عقله ساقط العبرة، ولنا أن التصرف المشروع صدر من أهله ومضافاً إلى محلّه عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه؛ لأن فيه ترجيح المصلحة بانضمام رأي الولى إلى رأيه، وفيه توفير للمنفعة ونظراً للطرفين للمصلحة، وهذا لأن تصرفاته أنواع: نوع نفع محض كقبول الهبة والصدقة وهو أهل له، ونوع ضرر محض كالطلاق والعتاق، وليس بأهل له دفعاً للضرر عنه، ونوع دائر بين النفع والضرر كالبيع والشراء يتوقف على إجازة الولي حتى ينعقد قبل الإجازة لاحتمال وقوعه نظراً[١].

وعن أبي يوسف رحمه الله أن المشتري إذا لم يعلم بحال البائع ثم علم أنه صبي محجور أو عبد محجور له خيار الفسخ؛ لأنه اشترى على أن الحقوق تتعلق به، ثم تبين أنها لم تتعلق به[٢]، فله الفسخ.

---

[١] - ر: مجمع الأنهر ٤٥٤/٢، والهداية مع تكملة فتح القدير ٣١٦/٩-٣٢٠، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.

[٢] - وفي (م): "أن الحقوق يتعلق به ثم تبين أنها لم يتعلق فيه" ولعل الصواب ما كتبناه.

٤٣٦- ثم الصبي العاقل عندنا يشبه البالغ من وجه من حيث أنه عاقل، ولكن في عقله قصور، ويشبه الطفل من حيث أنه غير مكلف، فعبارته صحيحة فيما هو نفع محض سواء كان متولياً عليه أو لم يكن، وفاسدة فيما هو ضرر محض، وفي الدائر بينهما صحيحة في حق الانعقاد وفاسدة في حق النفاذ عملاً بالشبهتين[١] و عند الشافعي رحمه الله عبارته فاسدة سواء كان متولياً عليه أو لم يكن.

وذكر الولي ينتظم الأب والجد والوصي والقاضي والمولى[٢].

٤٣٧- وإقرار الصبي فيما في يده بمنزلة إقرار العبد، والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي.

---

[١] - ر: الهداية ٤/٣٧١.

[٢] - ليس المراد به الترتيب، وترتيبه: وليه وهو الأب ثم وصي الأب ثم الجد أب الأب ثم وصيه ثم القاضي أو وصيه ثم الوالي (العناية مع تكملة فتح القـدير ٩/٣١٧، ٣١٨، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان).

# كتاب الرهن

٤٣٨- الرهن هو الحبس في اللغة مطلقاً، وفي الشريعة: جعل المال محبوسا بحق يمكن استيفاءه من الرهن كالديون، وهو عقد و ثيقة دين بعين، فلابد من أن يكون المرهون عيناً كما لا بد من أن يكون المرهون به ديناً حتى يكون وثيقةً لجانب الاستيفاء كالكفالة عقد وثيقة بذمة في طريق الوجوب[١]، هو عقد مشروع لقوله تعالى: ﴿فرهان مقبوضة﴾[٢]، والمصدر إذا قرنت بحرف الفاء في محل [الجزاء][٣]، يراد به الأمر، وعلى صحته انعقد الإجماع.

٤٣٩- ويتم بالإيجاب والقبول، وركنه الإيجاب المجرد، وهو قول الراهن: رهنت هذا المال عندك بالدين الذي لك عليّ؛ لأنه عقد تبرع، فيتمّ بالمتبرع كالهبة، والقبض شرط اللزوم، وقال مالك رحمه الله: يلزم بنفس العقد؛ لأنه مختص بالمال من الجانبين، فصار كالبيع.

ويكتفي فيه التخلية في ظاهر الرواية، كما في البيع والهبة.

٤٤٠- ومالم يقبضه فالراهن بالخيار إن شاء سلّمه إليه، وإن شاء امتنع منه. وعن أبي يوسف في المنقولات: لا بد من النقل حتى

---

[١] - كذا في الهداية ٤/٥١٦.

[٢] - البقرة: ٢٨٣.

[٣] - ما بين المعقوفتين زدناه من الهداية للمصنف.

دخل في ضمانه كالغصب، بخلاف الشراء، والأول أصح، فإذا قبضه المرتهن مقسوماً مقرراً يتم العقد وهو شرط فيه، وحكمه: دخوله في ضمانه، وهو ثبوت يد لاستيفاء المرتهن عندنا، وهو مضمون بالدين[١]، وقال الشافعي رحمه الله: هو أمانة في يده، ولا يسقط شيء من الدين بهلاكه كهلاك الصك، والجامع بينهما أن كل واحد منهما وثيقة، ولأن مبنى الضمان على التعدي؛ لأن الضمان جبر نقصان بسبب هو التعدى، والرهن عقد تبرع وثيقة بالدين، فلا يصلح أن يكون سببا للضمان؛ لأن سقوط دينه بهلاكه يؤدي عرضه إلى هلاك دينه، فلا يكون وثيقة، ولصاحب الدين مطالبة دينه بدون الرهن وبالرهن تزداد الوثيقة لما فيه من استيفاء دينه من هذا العين، ولنا قوله عليه السلام: للمرتهن بعد هلاك الرهن عنده: "ذهب حقك[٢]" وأجمع الصحابة والتابعون رضي الله عنهم على أن الرهن مضمون. ثم اختلفوا في كيفيته[٣]،

---

[١] - الهداية ٤/٥١٦.

[٢] - حديث: "ذهب حقك" قال الزيلعي في نصب الراية: أخرجه أبو داؤد في مراسيله عن ابن المبارك عن مصعب ابن ثابت، قال: سمعت عطاء يحدث أن رجلاً رهن فرساً، فنفق في يده، فقال رسول الله -ﷺ- للمرتهن: "ذهب حقك" ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه في أثناء البيوع وقال عبد الحق في "أحكامه" وهو مرسل وضعيف (٥/٤٣، كتاب الرهن طبع دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

[٣] - يعني أنهم اتفقوا على أن الرهن مضمون لكنهم اختلفوا في كيفيته: وروي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه مضمون بالقيمة، وروي عن ابن

فالقول[1] بالأمانة يؤدي إلى خرق الإجماع، ولأن الثابت للمرتهن يد الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس ليقع الأمن من الجحود أو يعجز عن الانتفاع، فيتسارع إلى قضاء الدين لحاجته أو لتضجره. فإذا هلك في يده يثبت الاستيفاء من وجه، فلو استوفاه ثانياً يؤدي إلى الربوا بخلاف حالة البقاء؛ لأنه ينقض هذا الاستيفاء بالرد على الراهن، والقول في الأمانة يخل معنى التوثيق وهو ترك صيانته عن الهلاك، فالحاصل أن الرهن هو حبس العين بدينه بإثبات يده الاستيفاء عندنا، وعنده تعلق الدين بالعين باستيفاء منه بالبيع.

٤٤١- وعلى هذا تخرج المسائل، منها: أن الراهن ممنوع عن الانتفاع بالرهن، خلافاً له، ومنها: أن النما يصير رهناً عندنا، خلافا له، والاستيفاء يقع بالمالية لا بالعين؛ لأن الاستيفاء بالعين يكون استبدالاً[2].

٤٤٢- والرهن إذا هلك في يده يهلك على ملك الراهن؛ لأن عينه له حتى يجب نفقته عليه حال حياته وكفنه بعد مماته، ويصير المرتهن

---

عمر وابن مسعود أنهما قالا: الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين، وروي عن ابن عباس أنه مضمون بالدين، واختلافهم على هذا الوجه إجماع منهم على أنه مضمون، فالقول بكونه أمانة خرق للإجماع (العناية مع شرح تكملة فتح القدير ١٦٢/١٠، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[1] – وفي (م): "المعزل" ولعل الصواب ما كتبناه من الهداية (انظر: الهداية مع تكملة شرح فتح القدير ١٦١/١٠، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[2] – كذا في الهداية ٥١٨/٤.

مستوفياً حقه قدر دينه، والفضل أمانة؛ لأنه لا مقابلة في الزيادة[1].

وفائدة قوله: "أمانة" أن مداواة المرهون وأجرة الحافظ تقسم على المضمون.

٤٤٣- والأمانة إن كانت قيمته أقل سقط من الدين بقدرها، ورجع المرتهن بالفضل على الراهن؛ لأن المقابلة من الاستيفاء كان قيمة ذلك، والزيادة دين بلا رهن[2].

٤٤٤- وبيان الاستيفاء أن الرهن إذا هلك في يد المرتهن وجب عليه ضمانه مثل ماكان واجباً على الراهن ثم يتقاصا، وقال زفر رحمه الله: الرهن مضمون بالقيمة حتى لو هلك الرهن و قيمته ألف وخمسمائة يوم القبض والدين ألف رجع الراهن على المرتهن بخمسمأة؛ لأن الزيادة على الدين مرهونة أيضاً لكونها محبوسة، فتكون مضمونة اعتباراً بقدر الدين. وذكر في شرح الأقطع: أن كل دين مضمون، وقوله "مضمون" ههنا تأكيد.

٤٤٥- ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون أي بالأعيان المضمونة بنفسها كالغصب، والمهر، أو بدين واجب للحال لا بدين سيجب، حتى لا يصح الرهن بالدرك، والثمن في مدة الخيار مثل الدرك، بخلاف الكفالة بالدرك[3]. والفرق بينهما أن الرهن للاستيثاق ولا استيثاق قبل الوجوب، وأما الكفالة فلالتزام المطالبة، وهو يصح قبل الوجوب إذا كان مضافاً

---

[1] - كذا في الهداية ٤/٥١٩.

[2] - الهداية ٤/٥٢٠.

[3] - كذا في الهداية ٤/٥٢٧.

إلى المآل كالصوم والصلاة[1].

٤٤٦- قيل: الرهن ببدل الكتابة لا يصح؛ لأنه دين ليس بلازم، ولهذا يقدر المكاتب على تعجيز نفسه. ذكر في الفتوى كما أن الكفالة لا تصح فيه كذلك الرهن لا يصح فيه.

٤٤٧- والرهن والكفالة جائزان في الخراج؛ لأنه دين مطالب به، قيل: يصح الرهن ببدل الكتابة والدية؛ لأنه مضمون.

٤٤٨- فالحاصل أنه ثلثة أنواع:

١- رهن جائز كالرهن بالدين، والأعيان المضمونة بعينها[2].

٢- ورهن باطل كالرهن بالأعيان المضمونة بغيرها وهو الثمن، كما لو أخذ من البائع رهنا فهلك في يده هلك بغير شيء كهلاك المبيع في يد البائع؛ لأن المبيع عين لا دين، والرهن وثيقة دين تغني[3]. ولو أخذ من المشتري رهنا يجوز؛ لأنه دين مضمون، وذكر في المبسوط أن رهن المبيع إذا هلك يضمن[4].

---

[1] - ر: الهداية ٥٢٧/٤.

[2] - ر: المبسوط ٧٠/٢١.

[3] - الهداية ٤/ ٥٢٦.

[4] - المبسوط ٧٠/٢١. وفي الفتاوى الولوالجية: وأما المضمون بغيره مثل المبيع لو أخذ المشتري به رهناً، فهلك يهلك بغير شيء؛ لأن المبيع لو هلك قبل القبض لا يضمن شيئاً، قال الفقيه أبو الليث: هذا الفصل الأخير خلاف رواية المبسوط؛ لأنه قال في كتاب الصرف: إذا باع سيفاً وأخذ به رهناً، فهلك الرهن، فإنه يضمن الأقل من قيمته ومن قيمة السيف، لا يجوز الرهن، (الفتاوى الولوالجية ٥٤/٥).

٣- ورهن فاسد كالرهن بالخمر، فهو مضمون كما في البيع، بخلاف الرهن بالميتة والدم[١].

٤٤٩- ومن غصب عينا ثم جعل صاحب العين عينه رهنا في يد الغاصب بالدين يصح وينقلب ضمان الغصب إلى ضمان الرهن، كما أن قبض الأمانة ينوب عن قبض الهبة.

٤٥٠- ولو ارتهن الغاصب شيئا بالعين المضمون في يده يصح أيضا؛ لأن الموجب الأصلي في الغصب رد العين إن كان باقيا ورد القيمة إن كان هالكا، ووجوب القيمة ثابتة من وجه، فيكون الدين ثابتا من وجه فيصح الرهن ويصح برأس مال السلم حتى ينفذه قبل الافتراق من المجلس؛ لأنه دين مضمون، وعند زفر رحمه الله: لا يجوز؛ لأنه يصير استبدالا وفي المسلم فيه يجوز؛ لأنه كالدين[٢].

٤٥١- ولوقال المديون للطالب: أمسك هذا الشيء رهنا حتى أعطيك الثمن يصح، ويصير رهنا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله؛ لأنه علق الإمساك بإعطاء الثمن، وعند أبي يوسف رحمه الله لا يصير رهنا؛ لأن الإمساك يحتمل الإيداع، ويحتمل الرهن، فلا يثبت الرهن بالشك[٣].

---

[١] - ر: رد المحتار ٨٣/١٠.

[٢] - كذا في الهداية ٥٢٧/٤.

[٣] - رجل له على رجل دين، فأعطاه ثوباً، فقال: أمسك هذا حتى أعطيك مالك، قال أبوحنيفة رحمه الله: هو رهن، وقال أبويوسف رحمه الله: يكون وديعة، (الفتاوى الهندية ٤٣٤/٥).

٤٥٢- والرهن بالدين الموعود كالرهن بالدين الموجود، وهوأن يأخذ الرهن ليقرضه يصح، فإذ هلك في يده هلك بما سمى من المال كالمقبوض بسوم الشراء[1]، بخلاف الرهن بالدرك، فإنه لا يجوز؛ لأن الرهن للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب[2].

٤٥٣- ولو شرط المرتهن الضياع عند الهلاك ورضي الراهن به، فالرهن جائز والشرط باطل[3].

---

[1] - ر: البحر الرائق ٤٤٩/٨.

[2] - نفس المصدر.

[3] - رجل رهن شيئاً، فقال المرتهن للراهن: أخذته رهناً على أنه لو ضاع يضيع بغير شيء، فقال الراهن: نعم، فالرهن جائز، والشرط باطل، (الفتاوى الولوالجية: ٩١/٥).

## فصل فيما يجوز رهنه ومالا يجوز رهنه

٤٥٤- رهن الحر والمدبر والمكاتب وأم الولد لا يجوز؛ لأن الحر ليس بمال، وفي غيره في المالية قصور، فلا يتحقق الاستيفاء بهؤلاء عند الهلاك[١].

٤٥٥- ولا يصح الرهن بالأمانات، كالودائع، والعواري، ومال المضاربة والشركة[٢].

٤٥٦- ويجوز للأب أن يرهن عبداً لابنه الصغير بدين نفسه؛ لأنه يملك الإيداع، فيملك الرهن[٣].

٤٥٧- والوصي بمنزلة الأب، إلا رواية عن أبي يوسف وزفر رحمهما الله لا يجوز ذلك منهما، وكذا إذا رهن الأب من نفسه من مال الصغير يجوز لو قدر بنفقته كما إذا باع ماله من نفسه، فصار بمنزلة شخصين يتولى طرفي العقد، بخلاف الوصي أو القاضي إذا باع ماله بنفسه[٤].

٤٥٨- ولا يجوز رهن المشاع عندنا خلافا للشافعي رحمه الله[٥]؛

---

[١] - كذا في الهداية ٥٢٨/٤.

[٢] - ر: الهداية ٥٢٦/٤.

[٣] - الهداية ٥٢٩/٤.

[٤] - نفس المصدر ٥٣٠/٤.

[٥] - ر: الفقه المنهجي على مذهب الشافعي ٣/ ٢٧١، وكتاب الأم ١٤١/٣.

لأن الشيوع يمنع الحبس بخلاف الهبة فيما لا يحتمل القسمة، وعن أبي يوسف رحمه الله الشيوع الطاري لا يمنع[1].

٤٥٩- ولا يجوز من شريكه أيضاً، بخلاف الإجارة؛ لأنه يسكن يوما بحكم الملك و يوما بحكم الرهن، فيصير رهنا يوماً ويوماً لا يصير[2].

٤٦٠- وللمرتهن أن يطالب الراهن[3] بدينه ويحبسه به لبقاء حقه بعد أخذ الرهن، والرهن للوثيقة فلا يمنع المطالبة، والحبس جزاء الظلم وهو مطله، ويؤمر المرتهن بإحضار الرهن عند المطالبة، فإذا أحضره أمرالراهن بتسليم الدين أولاً ليتعين حق المرتهن لما أن حق الراهن متعين تحقيقا للتسوية كما قلنا في البيع[4].

٤٦١- ولو طالبه في غير البلد الذي وقع العقد فيه، إن كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة، فكذلك الجواب، ولو كان له حمل ومؤنة يستوفى حقه، ولا يكلف بإحضار الرهن؛ لأن الواجب عليه التسليم وهو التخلية لا النقل من مكان إلى مكان[5].

---

[1] - كذا في الهداية ٤/٥٢٤-٥٢٥.

[2] - كذا في الهداية ٤/٥٢٥.

[3] - وفي (م): "الرهن" والصحيح ما كتبناه، كما في الهداية (٤/٥٢٠).

[4] - المصدرالسابق ٤/٥٢١.

[5] - كذا في الهداية ٤/٥٢١.

# فصل

٤٦٢- وإذا وكل الراهن المرتهن أو العدل أوغيرهما ببيع الرهن عند حلول الأجل يجوز كالوكالة؛ لأنه توكيل ببيع ماله[١].

ولا يقال: إن هذا تعليق التوكيل بالشرط وأنه لا يجوز؛ لأن التوكيل إسقاط حقه مع أنه تمليك التصرف لا للغير. والإسقاطات تقبل التعليق بالشرط[٢].

٤٦٣- ولو وضعاه في يد عدل يجوز أيضا عندنا[٣]، خلافاً لمالك رحمه الله[٤]، ويده كيد المرتهن حتى يقبض دينه ويسقط الدين بهلاكه في يده.

٤٦٤- ولو سلط الراهن العدل على بيعه يجوز بالنقد والنسيئة كغيره من الوكلاء، ولو طالبه المرتهن بدينه لا يكلف المرتهن إحضار الرهن؛ لأنه لا قدرة له عليه[٥].

---

[١] - ر: البحر الرائق ٨/٤٧٠-٤٧١.

[٢] - المصدر السابق.

[٣] - وإذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل جاز، (الهداية ٤/٥٣٧).

[٤] - وفي المدونة: قلت: أرأيت إن ارتهنت رهنا وجعلت على يدي عدل... قال مالك رحمه الله: لا يباع الرهن، وإن اشترط ذلك، كان على يدي المرتهن أو على يدي عدل إلا بأمر السلطان، (المدونة الكبرى ٤/١٥٦)، أنظر أيضاً: الشرح الصغير ٣/٣٢١.

[٥] - ر: الهداية ٤/٥٢١.

٤٦٥- وليس للراهن ولا للمرتهن أخذه من يده، وكذا ليس للراهن أن يعزله؛ لأن في عزله إلغاء حق المرتهن، وكذا إذا مات الراهن والمرتهن لا ينعزل[١]؛ لأن الرهن لا يبطل بموتهما ولا بموت أحدهما؛ لأن الوكالة لما شرطت في ضمن عقد الرهن، فصار وصفا من أوصافه، فصارت لازمة.

٤٦٦- وإذا حل الأجل والراهن غائب، وأبى الوكيل عن بيعه أجبره القاضي على البيع، وقيل: إذا كان التوكيل بالبيع بعد عقد الرهن لا يجبر عليه[٢].

٤٦٧- ومن استعار عينا من آخر ليرهنه بدينه يجوز؛ لأنه متبرع بإثبات ملك اليد في ماله، فيعتبر بالمتبرع بإثبات ملك العين، فإن افتكه المعير ليس للمرتهن أن يمتنع منه؛ لأن العين حقه و ليس بمتبرع فيه، ولهذا يرجع هو على الراهن؛ لأنه أدى دينه مضطرا، فلا يكون متبرعا، بخلاف ما لو إذا قضى الأجنبي دين الراهن حيث لا يرجع؛ لأنه متبرع، ولهذا إن امتنع المرتهن من أخذه منه له ذلك[٣].

٤٦٨- ولا يجوز للمرتهن أن ينتفع بشيء من الرهن بالاستخدام أو الملبس أو السكنى أو الركوب وغير ذلك عندنا[٤].

---

[١] - كذا في الجوهرة النيرة ٢٨٠/١.

[٢] - وقيل: يجبر ... وهذا أصح (الهداية مع شرح تكملة فتح القدير ١٩٥/١٠، باب الرهن يوضع على يد العدل، دار الكتب العلمية).

[٣] - ر: البحر الرائق ٤٩٤/٨-٤٩٥.

[٤] - كذا في الهداية ٥٢٢/٤.

٤٦٩- ولا يعيره، ولا يرهن، ولا يؤاجره، ولا يودعه إلا بإذن الراهن، وإن فعل شيئاً من هذه الأشياء يكون متعديا، فيضمنه ضمان الغصب بجميع القيمة إذا هلك في ذلك؛ لأنه بالتعدي صار غاصباً، والأمانات تضمن بالتعدي[١].

ولو رهن مصحفا وأذن له بالقراءة صار عارية وقت القراءة وبعد فراغه منها عاد مضمونا بالدين[٢].

٤٧٠- ولو رهنه خاتما فجعله في خنصره يضمن، واليمين واليسار فيه سواء[٣]، ولو أذن له في ذلك فهلك في حالة الاستعمال لا يضمن؛ لأنه أمانة في ذلك الوقت[٤].

٤٧١- ونماء الرهن للراهن كالولد واللبن والصوف والثمر؛ لأنه يتولد في ملكه فيكون رهنا مع الأصل[٥]. وإن هلك هلك بغير شيء؛ لأن الأتباع لا قسط لها بما يقابل بالأصل؛ لأنه لم يدخل تحت العقد مقصودا، وكسب العبد لا يكون رهنا؛ لأنه غير متولد منه، وإن هلك الأصل وبقي النماء افتكه الراهن بحصته، يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض، وقيمة النماء يوم انفكاكه؛ لأن الرهن يصير مضمونا بالقبض، والزيادة تصير مضمونة مقصودة عند الفكاك إذا بقي إلى وقته، وفي ذلك الوقت

---

[١] - المصدر نفسه.

[٢] - ر: الفتاوى الهندية ٤٦٦/٥، والمحيط البرهاني ٩٠/٨.

[٣] - كذا في الفتاوى الهندية ٣/ ٦٠٢، مجمع الأنهر ٥٨٩/٢.

[٤] - ر: مجمع الأنهر ٦٠٦/٢.

[٥] - المصدر السابق ٦١١/٢.

يقابله شيء من الدين، فما أصاب الأصل سقط من الدين، وما أصاب النماء افتكه الراهن به[1].

٤٧٢- ولو كانت قيمة الأصل والنماء سواء، فالدين يقسم عليهما نصفان[2].

٤٧٣- ولو نقصت قيمة الأصل بالسعرأو بضعفه لا اعتبار فيه وقت العقد، وكذا في الزيادة، أما إذا نقصت[3] قيمة النماء فيعتبر يوم القبض، و كذا في الزيادة[4].

٤٧٤- ولو رهن شاة بعشرة دراهم و قيمتهاعشرة، فقال الراهن للمرتهن: أحلب الشاة فما حلبت فهو لك حلال، فحلب وشرب لا ضمان عليه؛ لأن الإباحة يصح تعليقها بالشرط والخطر؛ لأنها إطلاق وليس تمليك[5]، ولا يسقط شيء من الدين؛ لأنه أتلفه بإذن المالك، فإن لم يفتك الشاة حتى ماتت في يده قسم الدين على قيمة اللبن الذي شربه وعلى قيمة الشاة، فما أصاب الشاة سقطت، وما أصاب اللبن أخذه المرتهن من الراهن، فكأن الراهن أخذه من يده وأتلفه فكان مضمونا عليه، وكذا جميع النماء الذي يحدث منها كالولد وغيره[6].

---

[1] - المصدر نفسه.

[2] - كذا في الفتاوى الهندية ٤٥٨/٥.

[3] - وفي (م): "انقصت" والصحيح ما كتبناه في المتن.

[4] - ر: مجمع الأنهر ٦١١/٢.

[5] - كذا في الهداية ٥٥٦/٤.

[6] - المصدر السابق ٥٥٧/٤.

## فصل في التصرف في الرهن والجناية عليه

٤٧٥- وإذا باع الراهن الرهن بغيرإذن المرتهن، فالبيع موقوف لتعلق حق المرتهن به فيتوقف على إجازته مع أنه تصرف في ملك نفسه، كمن أوصى بجميع ماله يتوقف على إجازة الورثة فيما زاد على الثلث، وإن قضاه الراهن دينه جاز لزوال المانع.

٤٧٦- ولو أعتقه نفذ عتقه كإعتاق المشتري قبل القبض وبطلان حق المشتري فيه ضمين فلا يعتبر[١]. وفي بعض أقوال الشافعي رحمه الله: إن كان المعتق معسرا لا ينفذ؛ لأن بنفاذه يبطل حق المرتهن، ولو دبره صح بالاتفاق، وكذا الاستيلاد، فإذا صح إن كان الراهن موسرا ضمن القيمة، وإن كان معسرا استسعى المرتهن العبد في قيمته إذا كانت القيمة مثل الدين أو أقل، وإن كانت أكثر لا يسعى إلا قدر قيمته ثم يرجع على المولى إذا أيسر بالاتفاق، لأنه أدى دين الغير بغير إذنه مضطرا فيرجع عليه[٢].

٤٧٧- ثم أوجب أبوحنيفة رحمه الله السعاية حال الإعسار، وفي العبد المشترك حالة اليسار والإعسار؛ لأن حق المرتهن هو الحبس وحق الشريك الملك، والمشتري لو أعتق قبل قبضه لا يسعى للبائع إلا رواية عن أبي يوسف رحمه الله[٣].

---

[١] - الهداية ٤/٥٤٢-٥٤٣.

[٢] - ر: الهداية ٤/٥٤٤.

[٣] - نفس المصدر ٤/٥٤٤.

٤٧٨- ولو أعار المرتهن الرهن للراهن فبقبضه خرج من ضمان المرتهن، كالغاصب إذا رد العين للمالك، فإن هلك فى يده هلك بغير شيء لفوات القبض المضمون، وللمرتهن أن يسترجعه إلى يده؛ لأن عقد الرهن باق، إلا في حكم الضمان، فإذا أخذه المرتهن منه عاد الضمان؛ لأنه لما عاد القبض فيعود قبض الضمان[١].

٤٧٩- وجناية الراهن على الرهن مضمونة؛ لأنه تفويت حق لازم محترم، وتعلق حقه بالمال فيجعل المالك كالأجنبي في حق الضمان كتعلق حق الورثة بمال المريض، وجناية المرتهن عليه تسقط من دينه بقدرها؛ لأن العين ملك الراهن وقد تعدى عليه فيضمنه[٢].

٤٨٠- وجناية الرهن على الراهن، و على المرتهن و على مالهما هدر، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: جنايته على المرتهن معتبرة، فأراد به الجناية على النفس مما يوجب المال دون القصاص[٣]؛ لأن الجناية وقعت على غير مالكه فتعتبر؛ لأن المالك هو الراهن حقيقة، ألا ترى أن النفقة حال حياته والكفن عند مماته يجب عليه.

٤٨١- ثم الراهن إما أن يدفع العبد إلى المرتهن في الجناية، فيبطل الرهن، وإما أن يفديه أرش الجناية، فيبقى الرهن على حاله.

---

[١] - كذا في الهداية ٤/ ٥٤٦.

[٢] - ر: الهداية ٤/ ٥٤٩.

[٣] - يعني أن تكون الجناية في النفس أو ما دونها خطأ، أما ما يوجب القصاص فهو معتبر بالإجماع (العناية مع تكملة شرح فتح القدير ٢٠٤/١٠، باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره، دار الكتب العلمية).

٤٨٢- والجناية على مال المرتهن[١] لا تعتبر بالاتفاق إذا كان الدين و قيمته سواء؛ لأنه لا فائدة فيه، لأنه لا يتملك العبد، [وإن كانت القيمة أكثر من الدين][٢]، فعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يعتبر بقدر الأمانة؛ لأن الفضل ليس في ضمانه، فأشبه جناية العبد الوديعة على المستودع، وعنه أنه لا يعتبر؛ لأن حق الحبس ثابت أيضا في الفضل[٣].

٤٨٣- وأما جنايته على ابن الراهن أو على ابن المرتهن معتبرة كجنايته على الأجنبي[٤]، حتى لو قتل أجنبيا خطأ فقدر الدين على المرتهن وكله يدفع [ويرجع][٥] بالزيادة على الراهن غائبا عند أبي حنيفة رحمه الله، ولو أدى الراهن كله يرجع على المرتهن بقدر الدين سواء كان المرتهن حاضرا أو غائبا بالإجماع[٦].

٤٨٤- وإن إجبار الراهن والمرتهن الدفع إلى المجني عليه يجوز، فإذا دفع إليه يبطل الرهن ويسقط الدين بهلاكه عند المرتهن[٧].

---

[١] - وفي (م): "مولاه" والصواب ما كتبناه كما في الهداية مع شرح تكملة فتح القدير ٢٠٨/١٠، دار الكتب العلمية.

[٢] - ما بين القوسين زدناه من الهداية.

[٣] - كذا في الهداية ٤٤٩/٤- ٤٥٠.

[٤] - كذا في الفتاوى الهندية ٤٨١/٥.

[٥] - ما بين القوسين زدناه تصحيحاً للعبارة.

[٦] - انظر لشرح المسألة: الفتاوى الهندية (٥٨٠/٥).

[٧] - ر: مجمع الأنهر ٤٠٩/٢-٤١٠.

# فصل

٤٨٥- رجل رهن عصيرا بعشرة دراهم، وقيمته عشرة فتخمر في يد المرتهن، خرج عن الرهينة أي ضمان الرهينة، والعقد باق كما كان، ثم إذا صار خلاً يعود الرهن كما كان؛ لأن الخمر وإن كان مالا ولكنها غير متقومة في الحال، ويصير متقومة في المآل، حتى لو اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد لكن المشتري بالخيار، فصار بمنزلة تعيب المبيع، وما كان محلا للبيع يكون محلا للرهن إذا المحلية ثابتة فيهما[١].

٤٨٦- ولو رهن شاة بعشرة؛ قيمتها عشرة فماتت عنده فدبغ جلدها فصار يساوي درهما فهو رهن بدرهم؛ لأن موت الشاة يؤكد عقد الرهن وبقدره؛ لأن المرتهن صار مستوفيا عند الهلاك[٢]. وإذا عادت ماليته بالدباغ يعود حكمه بقدره، بخلاف موت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها، قيل: حيث لا يعود البيع؛ لأن البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود.

٤٨٧- وتجوز الزيادة في الرهن، ولا تجوز في الدين عند أبي

---

[١] - وفي الهداية: "إذ المحلية بالمالية فيهما" (الهداية مع تكملة فتح القدير ٣١٣/١٠، دار الكتب العلمية).

[٢] - وفي الهداية: لأن الرهن يتقرر بالهلاك فإذا أحيي بعض المحل يعود حكمه بقدره (الحوالة السابقة).

حنيفة ومحمد رحمهما الله، ولا يصير الرهن رهنا بها، وقال أبويوسف رحمه الله: تجوز في الدين أيضا، وقال زفر والشافعي رحمهما الله: لا تجوز فيهما، وهذا الخلاف كالخلاف في الثمن، والمثمن، والمهر، لأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو القياس، أن الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن وهو غير مشروع عندنا، والزيادة في الرهن توجب الشيوع في الدين وهو غير مانع من صحة الرهن[1].

٤٨٨- ثم إذا صحت الزيادة في الرهن تصير الزيادة زيادة قصدية[2]، يقسم الدين على قيمة الأول يوم القبض، وعلى قيمة الزيادة

---

[1] - وتصح الزيادة في الرهن مثل أن يرهن ثوباً بعشرة يساوي عشرة ثم زاد الراهن ثوباً آخر فيكون مع الأول رهناً بالعشرة جاز عند علمائنا، ولا تصح الزيادة في الدين عند الطرفين خلافاً لأبي يوسف، وصورة الزيادة في الدين إذا رهن عبداً يساوي ألفين بألف ثم استقرض الراهن من المرتهن ألفاً أخرى على أن يكون العبد رهناً بهما جميعاً فإنه يكون رهناً بالألف خاصة وهذا معنى قوله: "فلا يصير الرهن رهناً بها" أي بالزيادة؛ لأن الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن وهو غير مشروع فلا يصير الرهن الأول رهناً بالدين الحادث بل يصير كل الرهن بمقابلة الدين السابق فإن هلك العبد الرهن يسقط الدين الأول ويبقى الدين الثاني بلا رهن خلافاً لأبي يوسف فإن عنده تجوز الزيادة في الدين فيسقط بموت العبد الرهن الدينان؛ لأن الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالثمن فتجوز الزيادة فيهما كما في البيع (الجوهرة النيرة ٢٨٩/١ ط: مكتبة حقانية باكستان، ومجمع الأنهر ٦١٢/٢ دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان).

[2] - يعني بخلاف نماء الرهن فإنه ليس زيادة قصدية بل ضمنية ولهذا اختلف حكماً (العناية مع تكملة فتح القدير ٢١٧/١٠، كتاب الرهن تحت الفصل).

يوم قبضت[1].

٤٨٩- ثم إذا أزاد في الدين بمقابلة النماء كان القياس أن لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أيضا للمعنى الذي ذكرنا.

٤٩٠- ولو رهن عبدا بألف وقيمته ألف، ثم أعطى له عبدا آخر قيمته ألف رهنا مكان الأول، فالأول رهن حتى يرده على الراهن، والمرتهن أمين في حق الآخر حتى يجعله مكان الأول؛ لأن الأول إنما دخل في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان[2]، فإذا بقي الأول في ضمانه؛ لا يدخل الثاني في ضمانه؛ لأنهما رضيا بدخول أحدهما فيه، فإذا رد الأول دخل الثاني في ضمانه، وفي تجديد القبض فيه خلاف[3].

٤٩١- رجل رهن عبدا بألف وقيمته ألف فنقص سعره، فرجعت قيمته إلى مأة، فقتله عبد آخر قيمته مأة فدفع إليه مكانه يفتكه الراهن

---

[1] - حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمأة، وقيمة الأول يوم القبض ألفاً والدين ألفاً يقسم الدين أثلاثاً، في الزيادة ثلث الدين وفي الأصل ثلثا الدين اعتباراً بقيمتهما في وقتي الاعتبار، وهذا لأن الضمان في كل واحد منهما يثبت بالقبض فتعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض (الهداية مع تكملة فتح القدير ٢١٧/١٠، كتاب الرهن تحت الفصل، دار الكتب العلمية).

[2] - ر: الهداية ٥٥٦٧/٤-٥٥٨.

[3] - أي قيل: يشترط تجديد القبض؛ لأن يد المرتهن على الثاني يد أمانة، ويد الرهن يد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه، وقيل: لا يشترط؛ لأن الرهن تبرع كالهبة، وقبض الأمانة ينوب عن قبض الهبة (الهداية مع تكملة فتح القدير ٢١٨/١٠، كتاب الرهن تحت الفصل).

بجميع الدين، وقال زفر رحمه الله: يفتكه بمائة فأدفعت إليه قيمته مأة فالمرتهن يجعلها بدينه ولا يرجع الراهن بشيء؛ لأن النقصان بالسعر باق في ضمانه[1].

٤٩٢- ولو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين أو وهبه، ثم هلك الرهن في يده هلك بغير شيء استحساناً[2] خلافاً لزفر رحمه الله.

٤٩٣- ومن رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما؛ لأن الرهن أضيف إلى جميع العين في صفقة واحدة من غير تفرق، فلا شيوع فيه[3]؛ لأن المقصود الوثيقة، ويمكن أن يكون كله وثيقة لهذا[4]، بخلاف الهبة من رجلين حيث لا تجوز عند أبي حنيفة رحمه الله[5].

٤٩٤- والمضمون على كل واحد منهما حصة دينه عند الهلاك؛

---

[1] - كذا في الهداية ٥٥٠/٤.

[2] - إذا برئ الراهن من الدين من غير أداء ولا إيفاء إما بالهبة أو بالإبراء ثم هلك الرهن في يد المرتهن من غير أن يمنعه عن الراهن هلك مضموناً عليه قياساً وفي الاستحسان يهلك أمانة وبه أخذ علماؤنا، (الفتاوى الهندية ٤٤٧/٥)، وفي الدر المختار: أبرأ المرتهن عن الدين أو وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن هلك بغير شيء استحساناً لسقوط الدين إلا إذا منعه من صاحبه فيصير غاصباً بالمنع، (الدر المختار مع رد المحتار ١٥١/١٠).

[3] - كذا في البحر الرائق ٤٦٤/٨.

[4] - زاد في (م): "وكله لهذا".

[5] - ر: الهداية ٥٣٥/٤.

لأن الاستيفاء مما يتجزى، فإن قضى أحدهما دينه كان كله رهنا في يد الآخر حتى يستوفي دينه، وعلى هذا حبس المبيع إذا أدى أحد المشتريين حصته[1].

٤٩٥- ولو رهن عبدين بألف فقضى حصة أحدهما لم يكن له أن يقبضه حتى يؤدي باقي الدين؛ لأن كل الرهن محبوس لباقي الدين، فصار كالمبيع في يد البائع[2]، والله أعلم.

---

[1] - كذا في الهداية ٥٣٥/٤.

[2] - يعني أن المشتري إذا أدى حصة أحدهما من الثمن في البيع لا يتمكن من أخذه حتى يؤدي باقي الثمن (العناية مع تكملة فتح القدير ١٨٧/١٠، فصل ومن رهن عبدا بألف).

# كتاب المزارعة والمساقات

٤٩٦- المزارعة: مفاعلة من الزرع، وفي الشريعة: هي معاقدة دفع الأرض ببعض الخراج، وهي فاسدة عند أبي حنيفة رحمه الله[١]، لقوله عليه السلام: "نهى عن المخابرة[٢]" وهي المزارعة، ولأنه استيجار ببعض ما يخرج من عمله، فهو بمنزلة قفيز الطحان، ولأن الأجر مجهول أو معدوم، و كل ذلك مفسد، وقالا: هي جائزة؛ لأن النبي -ﷺ- دفع خيبر إلى أهله بنصف ما يخرج من الثمر والزرع[٣]، ولأنه عقد شركة بين المال والعمل، فيجوز كالمضاربة، والجامع بينهما دفع الحاجة، وهو اختيار مشايخ بلخ، وهوالأصح و عليه الفتوى[٤].

٤٩٧- وللمزارعة شرائط، منها: أن تكون الأرض صالحة

---

[١] - ر: الهداية ٤/٤٢٤-٤٢٥.

[٢] - عن جابر رضي الله عنه أن النبي -ﷺ- نهى عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة والمعاومة ورخص في العرايا، هذا حديث حسن صحيح، (سنن الترمذي ١/٢٤٥، طبع بنغلة إسلامي أكيدمي، ديوبند).

[٣] - عن نافع عن عبد الله قال: أعطى النبي -ﷺ- خيبر اليهود أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها، (صحيح البخاري، باب معاملة النبي -ﷺ- أهل خيبر ٢٠/٦٠٩-٦١٠).

[٤] - ر: الدر المختار مع رد المحتار ٩/٣٩٧.

للزراعة، وتخليتها بينها و بين العامل شرط[١].

٤٩٨- ومنها: بيان من عليه البذر، وجنسه، وقدر نصيبها من الخارج المشترك شرط.

٤٩٩- فالحاصل أن البذر فيه أصل في رواية وللأرض صلاحية للزراعة، والبقرآلة العمل وهو تبع للعامل[٢].

٥٠٠- ثم الخارج لصاحب البذر[٣] وهو مستأجر العامل بآلته والأرض اعتبارا بسائر المزارعات الفاسدة، وفي رواية لصاحب الأرض وهو مستقرض البذر قابضا باتصاله بأرضه[٤].

٥٠١- ومنها: بيان المدة شرط، ولا تصح المزارعة إلا على مدة معلومة؛ لأنه عقد على منافع الأرض أو على منافع العامل، فلابد من المدة، قيل: هذا في بلد يمكن الزراعة في كل وقت، أما إذا كان في بلد وقت الزراعة معلوما عندهم، فلا حاجة إلى بيان المدة[٥].

٥٠٢- وأن يكون الخارج بينهما مشاعا، وهذا يشير إلى أن البذر وما زاد عليه والتبن كله بينهما؛ لأن البذر مستهلك في الأرض والخارج غيره.

٥٠٣- وإن شرط لأحدهما قفزانا معلومة فهي باطلة؛ لأن به

---

[١] - ر: الهداية ٤٢٠/٤، والدر المختار مع رد المحتار ٣٩٨/٩-٣٩٩.

[٢] - المصدر السابق.

[٣] - وفي (م): "اليد"، والصحيح ما كتبناه، كما في الهداية ٤٣٦/٤.

[٤] - كذا في الهداية ٤٣٦/٤.

[٥] - ر: الهداية ٤٢٦/٤.

تنقطع الشركة. وكل شرط يؤدي إلى قطع الشركة يفسدها كما في المضاربة.

٥٠٤- وكذا لو شرط لصاحب البذر برفع بذره والباقي بينهما؛ لأنه ربما لا يحصل منها إلا قدر البذور المشروط، بخلاف المضاربة؛ لأن رأس المال لا يتلف بالتصرف، والبذر ههنا يتلف بالزرع.

٥٠٥- ولو شرطا رفع الخراج والباقي بينهما لا يصح؛ لأن الخراج على رب الأرض وهو دراهم مسماة[١]. ولو شرطا رفع عشر الخارج، والباقي بينهما يصح؛ لأن الخراج معين وهو على صاحب الأرض، والعشر غير معين وهو عليهما.

٥٠٦- ولو شرطا الحب نصفين وسكتا عن التبن فهو لصاحب البذر؛لأنه نماء بذره، وقيل: هو بينهما نصفان للعرف.

٥٠٧- ولو شرطا التبن والبذر نصفين صحت؛ لأنه مقتضى العقد، ولو شرطا التبن للآخر لا يصح؛ لأنه يوجب قطع الشركة.[٢]

٥٠٨- وإن لم تخرج الأرض شئيا، فلا شيء للعامل؛ لأن الشركة في الخارج فلم يوجد، فإذا فسدت فالخارج لصاحب البذر

---

[١] - وفي الهندية: "إذا كانت الأرض خراجية فشرطا رفع الخراج وأن يكون الباقي بينهما نصفين فهي فاسدة، وهذا إذا كان خراجاً موظفاً؛ لأنه عسى لا يخرج إلا ذلك القدر، فأما إذا كان خراج مقاسمة نحو الثلث أو الربع يجوز" (الهندية ٢٤٢/٥، طبع دار الفكر).

[٢] - لأنه شرط يؤدي إلى قطع الشركة بأن لا يخرج إلا التبن كما في الهداية مع تكملة فتح القدير ٤٨١/٩، دار الكتب العلمية.

وللآخر أجر مثله[1].

٥٠٩- وإذا امتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه، وإن امتنع صاحبه أجبر عليه[2] إلا إذا كان عذر يفسخ به الإجارة، فتفسخ به المزارعة.

٥١٠- والنفقة على الزرع عليهما بالحصص، وهذا بعد انقضاء[3] المدة للزراعة، أما قبله فعلى العامل خاصة للعرف، وكذا الحصاد، والدياس، والرفاع، والتذرية عليهما، فالحاصل أن العمل قبل الإدراك كالسقي والحفظ على العامل، وما كان بعد الإدراك قبل القسمة كالحصاد والدياس وغيره، فهو عليهما في ظاهر الرواية، فالحيلة فيه أن يستأجر رب الأرض المزارع في هذه الأشياء بأجرة يسيرة غير مشروطة في العقد جاز[4]، وكذا في اجتناء الفيلق والقطن، وما كان بعد القسمة كالحمل و غيره فهوعلى كل واحد منهما في نصيبه، وعن أبي يوسف رحمه الله إن شرطاه على العامل لا يفسد للعرف فيها، وهو اختيار مشايخ بلخ

---

[1] - وفي الهداية: ولو كان البذر من قبل رب الأرض فللعامل أجر مثله، لا يزاد على مقدار ما شرط له من الخارج، وإن كان البذر من قبل العامل فلصاحب الأرض أجر مثل أرضه (الهداية مع تكملة فتح القدير ٤٨٢/٩، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان).

[2] - أي امتنع الذي ليس من قبله البذر أجبره الحاكم على العمل؛ لأنه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر والعقد لازم، (الهداية ٤٢٨/٤، كتاب المزارعة).

[3] - وفي (م): "انفصال" والصواب ما كتبناه.

[4] - ر: الهداية ٤٣٠/٤.

وبخارا رحمهم الله للعرف بينهم[1].

٥١١- ولو شرط الحصاد على رب الأرض لا يجوز لعدم العرف فيه[2].

٥١٢- وكل عمل ليس من أعمال المزارعة إذا شرطه فيها يفسد المزارعة، وما كان من أعمال المزارعة [لا][3] يفسدها شرطه فيه.

٥١٣- وفي المعاملة: العمل على العامل إلى أن يدرك، وبعده كالحفظ والجذاذ فهو عليهما[4].

٥١٤- وتبطل المزارعة والمساقاة بالموت والأعذار كالإجارة[5]، والكلام في المساقاة كالكلام في المزارعة إلا أن هاهنا لا يشترط بيان المدة.

٥١٥- والمساقاة[6] دفع النخيل بجزء من الثمر، وهي جائزة عندهما[7]

---

[1] - كذا في الهداية ٤/٤٣٠.

[2] - لا يجوز بالإجماع لعدم العرف فيه، (الهداية ٤/٤٣٠).

[3] - ما بين القوسين زدناه تصحيحاً للمسألة.

[4] - ر: الهداية ٤/٤٣٠-٤٣١.

[5] - كذا في الهداية ٤/٤٣١-٤٣٢.

[6] - قال صاحب العناية: المساقاة هي المعاملة بلغة أهل المدينة، ومفهومها اللغوي هو الشرعي: وهي معاقدة دفع الأشجار والكروم إلى من يقوم بإصلاحها على أن يكون له سهم معلوم من ثمرها (العناية مع تكملة فتح القدير ٩/٤٨٩، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان).

[7] - وهي غير جائزة عند أبي حنيفة كالمزارعة وبه أخذ زفر، (العناية مع تكملة فتح القدير ٩/٤٨٩ كتاب المساقاة).

استحسانا، وقال مالك والشافعي رحمهما الله: المعاملة جائزة والمزارعة باطلة إلا تبعا للمعاملة؛ لأن الأصل [في هذا][1] المضاربة، والمعاملة أشبه بها؛ لأن فيها شركة في الزيادة دون الأصل بخلاف المزارعة؛ لأن الشركة فيها [في الزيادة][2] وفي البذر وإلا[3] تفسد، فجعلنا المعاملة أصلا، والمزارعة [تبعاً][4] لها كالشرب في بيع الأرض[5].

٥١٦- كل شرط يبقى أثره بعد المدة كإلقاء السرقين، وغروس الأشجار، وتقليب الأرض فاسد.

٥١٧- وذكر بيان المدة فيها شرط قياسا على المزارعة، وفي الاستحسان ليس بشرط؛ لأن لإدراك الثمرة وقت معلوم فلا يتفاوت، وإدراك البذر في أصول الرطبة بمنزلة إدراك الثمار، فلا يحتاج إلى بيان المدة، بخلاف الزرع لأن انتهائه يختلف بناءاً على الابتداء[6].

٥١٨- وتجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان، وقال الشافعي رحمه الله في الجديد: لا تجوز إلا في

---

[1] - ما بين القوسين زدناه من الهداية.

[2] - ما بين القوسين زدناه من الهداية.

[3] - وفي (م): "أولاً" والصواب ما كتبناه.

[4] - ما بين القوسين زدناه من الهداية.

[5] - المصدر السابق ٤٣١/٤.

[6] - وفي (م): "لأن بناء انتهائه على الابتداء"، والصحيح ما كتبناه، وفي الهداية: "بخلاف الزرع لأن ابتداءه يختلف كثيراً خريفاً وصيفاً وربيعاً، والانتهاء بناء عليه فتدخله الجهالة" (الهداية ٤٣١/٤، كتاب المساقاة).

الكرم والنخل؛ لأن جوازها بالأثر وقد خصهما في حديث خيبر، ولنا أن الجواز للحاجة وعمت الحاجة، أو النص معلول بعلة[1].

٥١٩- وإن كان الثمر يزيد بالعمل جاز العقد، وإن كانت قد انتهت لم يجز، وعلى هذا الزرع إن كان بقلا يجوز، وإن أدرك لم يجز؛ لأنه لا أثر للعمل بعد التناهي والإدراك[2].

٥٢٠- وفي المعاملات الفاسدة للعامل أجر المثل كالإجارة الفاسدة، فإن انقضت مدة المعاملة والثمار لم يدرك [يبقى العقد][3] بغير أجر، بخلاف المزارعة والإجارة حيث يبقى العقد بالأجرة؛ لأن استيجار الأشجار لا يجوز، والله أعلم.

---

[1] - وهي الحاجة فعموم العلة يقتضي عموم الحكم، ولا نسلم أن أثر خيبر خصهما لأن أهلها يعملون في الأشجار والرطاب أيضاً، (الهداية مع العناية ٤٩٠/٩، دار الكتب العلمية).

[2] - كذا في الهداية ٤٣٢/٤.

[3] - ما بين القوسين زدناه تصحيحاً للمتن، أي للعامل أن يقوم عليها إلى أن يدرك لكن بغير أجر؛ لأن الشجر لا يجوز استئجاره، كذا في الهداية.

# كتاب إحياء الموات[1]

٥٢١- المراد من الحياة الإنماء، وإنما سمي[2] إحياءً لسبب الانتفاع، وإنما سمي مواتا لبطلان الانتفاع بها، الموات مالا ينتفع به من الأراضي لانقطاع الماء عنه أو لغلبة الماء عليه، أو ما أشبه ذلك مما يمنع الزراعة، وعن محمد رحمه الله أنه يشترط أن لا يكون مملوكا لمسلم أو ذمي[3] مع انقطاع الارتفاق بها ليكون ميتة مطلقة.

٥٢٢- وإذا لم يعرف مالكه يكون لجماعة المسلمين، ولو ظهر أن له مالكاً يرد عليه.

٥٢٣- وإذن الإمام شرط فيه عند أبي حنيفة رحمه الله[4]، ويملكه الذمي بالإحياء كالمسلم.

---

[1] - وفي (ن): "الموت".

[2] - وفي (ن،ع): "يسمى".

[3] - وفي (ن،ع): "كالمسلم أو ذمياً"، والصواب ما كتبناه، كما في الهداية ٤/٤٧٨.

[4] - قد اتفقوا على أن الإذن شرط في الذمي وإذا تركه المسلم تهاوناً بالإمام كان له أن يستردها زجراً على الاتفاق، أما إذا ترك الاستيذان جهلاً اختلفوا فيه، فعند أبي حنيفة لم يملكها، وعندهما يملكها، وقول أبي حنيفة هو المختار، وبه أخذ الطحاوي (انظر الدر المختار ٣٠٧/٥).

٥٢٤- ومن حجر أرضا ولم يعمرها ثلاث سنين أخذها الإمام[١] ودفعها إلى غيره.

٥٢٥- سقي الأرض أو كراها بمنزلة التحجير في الفلاة[٢].

٥٢٦- ولا يجوزإحياء ما قرب من العامر[٣]، بل يترك مرعى لأهل القرية، ومطرحا لحصادهم لتحقق الحاجة إليها حقيقة أودلالة.

٥٢٧- ومن حفر بئرا في برية أي في برية موات[٤] فله حريمها على قدر الحاجة[٥] من كل جانب هو الصحيح؛ و[إن كانت للناضح فحريمها ستون ذراعاً، وهذا عندهما، وعند أبي حنيفة أربعون ذراعاً][٦]

---

١ - "الإمام" ساقط في (ن،ع).

٢ - وفي (ن،ع): "الفلامة"، وفي (م): "العلامة"، والصحيح ما كتبناه. وفي الهداية: ولو كربها وسقاها فعن محمد أنه إحياء ولو فعل أحدهما يكون تحجيراً، ولو حفر أنهارها ولم يسقها يكون تحجيراً، وإن سقاها مع حفر الأنهار لكان إحياء لوجود الفعلين (الهداية مع شرح تكملة فتح القدير ٨٨/٨، دار الكتب العلمية).

٣ - وإن كان بعيداً إذا صاح من أقصى العامر وهو جهوري الصوت لا يسمع صوته ملكها عند أبي حنيفة وأبي يوسف، واعتبر محمد عدم ارتفاق أهل القرية به، وهذا ظاهر الرواية، وبه يفتى (الدر المختار على هامش رد المحتار ٣٠٧/٥).

٤ - وفي (م): "في برته موات" غير مفهوم.

٥ - فإن كانت للعطن فحريمها أربعون ذراعاً... ثم قيل: الأربعون من كل الجوانب والصحيح أنه من كل جانب (انظر الهداية مع التكملة ٨٩/١٠، دار الكتب العلمية).

٦ - ما بين القوسين زدناه من الهداية تصحيحاً للمتن.

لأنه قد تسير[1] دابته للاستقاء فيطول الرشاء، فيحتاج إلى زيادة المسافة، فيحتاج إلى تدوير الدابة حوالي البئر، فيكون ضررا [أما للطعن][2] فلا يحتاج إليها، وإن كانت عينا فحريمها خمسمأة ذراع، وللقناة حريم بقدر ما يصلحها، وعن محمد رحمه الله أنه بمنزلة البئر في استحقاق الحريم، وقيل: لا حريم لها ما لم يظهر الماء على وجه[3] الأرض، لأنه نهر في الحقيقة، وقيل: هو بمنزلة عين فوارة[4]، فيقدرحريمه بخمس مائة ذراع.

٥٢٨- ولوغرس شجرا في أرض موات ليس لآخر أن يغرس شجرا في حريمه وهو مقدار خمس ذراع[5].

٥٢٩- ومن كان له نهر[6] في أرض غيره فليس له حريم عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يقيم البينة على ذلك، فإذا لم تقم البينة[7] ولم يكن لأحدهما عليه غرس، ولا طين ملقى[8] [فليس له حريم][9] وقالا: له مسناة النهر يمشي عليها و يلقي عليها طينه للحاجة، ولأبي حنيفة رحمه الله أن

---

[1] - وفي (ن،ع): "يشر".

[2] - ما بين القوسين زدناه تصحيحاً للمتن.

[3] - "وجه" ساقط في (ن،ع).

[4] - في (ن،ع): "فغارة".

[5] - وفي (م): "وهو مقدار خمسمائة ذراع" وهو خطأ، وفي الهداية: "وهو مقدر بخمسة أذرع من كل جانب" (الهداية مع التكملة ٩١/١٠، دار الكتب العلمية).

[6] - "نهر" ساقط في (ن،ع).

[7] - وفي (ن،ع): "فإذا يقيم البينة...".

[8] - وفي (ن،ع): "فيلقي".

[9] - ما بين القوسين زدناه تصحيحاً للمتن.

القياس يأباه إلا أن في البئر[1] ورد النص فاقتصر عليه، ثم عند أبي يوسف رحمه الله أن حريمه[2] مقدار نصف بطن النهر من كل جانب[3]، وعند محمد رحمه الله مقدار بطن النهر من كل جانب وهذا أرفق بالناس.

٥٣٠- نهر لرجل له مسناة[4] ولآخر خلف المسناة أرض ملتزقة بالمسناة، وليست المسناة في يد أحدهما عند أبي حنيفة رحمه الله، معناه ليست لأحدهما أن يغرس أو يلقي التراب[5] حتى ينكشف الحال، أما إذا كان لأحدهما غرس فهو أولى به، لأنه صاحب شغل، ولو كان عليه غرس، لا يدري من غرسه فهو على الخلاف أيضاً، وثمرة الاختلاف أن ولاية الغرس لصاحب الأرض عنده، لأنه أشبه بها، وعندهما لصاحب النهر.

---

[1] – وفي (ن،ع): "النهر".

[2] – "أن حريمه" ساقط في (ن،ع).

[3] – الفتوى على قول أبي يوسف رحمه الله (انظر الدر المختار على هامش رد المحتار:٥/٣١٠).

[4] – وفي الهداية: "نهر لرجل إلى جنبه مسناة" هذه العبارة واضحة (الهداية مع تكملة فتح القدير ٩٣/١٠، دار الكتب العلمية).

[5] – وفي الهداية: "ليس لأحدهما عليه غرس ولا طين ملقى" (الهداية مع تكملة فتح القدير ٩٣/١٠)، وهذه العبارة تنسجم بما بعدها.

# كتاب الشرب

٥٣١- الشرب: هو النصيب من الماء للأراضي وغيرها[١]، قال الله تعالى: ﴿لها شرب ولكم شرب يوم معلوم﴾[٢].

٥٣٢- وقسمة الماء بين الشركاء جائز من غير نكير، وهو قسمة الحق دون الملك، إذا الماء في النهر غير[٣] مملوك لأحد، ولهذا يبقى للناس شفة[٤].

٥٣٣- والقسمة تارة تكون باعتبار الملك، وتارة تكون باعتبار الحق كقسمة الغنائم، وإذا كان لرجل نهر أو بئر أو قناة أو عين أو حوض، إن كان في ملكه له أن يمنع الغير من الدخول في ملكه، إن أراد الغير الشرب منه إن كان يجد ماءً آخر بقربه في غير ملك أحد، وإن لم

---

[١] - قال في القاموس: الشرب بالكسر: الماء، والحظ منه، أو المورد، ووقت الشرب (القاموس المحيط: ١٢٨)، وقال الحصكفي: هو لغةً: نصيب الماء، وشرعاً: نوبة الانتفاع بالماء سقياً للزراعة والدواب (الدر المختار على هامش رد المحتار:٥/٣١١).

[٢] - الشعراء: ٥٥.

[٣] - "غير" ساقط في (ن).

[٤] - بفتحتين، كذا في (ن،ع). وفي (م): "شفه" وهو الأصل، أو شفو، فأبدلت الواو تاء تخفيفاً، وهو شرب بني آدم والبهائم بالشفاء (ر: رد المحتار ٥/٣١١).

يجد يقال له: إما أن يعطيه أو يتركه أن يأخذه بنفسه بشرط أن[1] لا يكسر ضفَّته.

وإن كان في أرض موات ليس له أن يمنعه؛ لأن الشركة باقية في الشفة، أي الشرب لبني آدم والبهائم.

٥٣٤- ولو منعه وهو يخاف العطش، له أن يقاتله بالسلاح، لأنه قصد إتلافه بمنع[2] حقه وهو الشرب، والشرب حقه لقوله عليه السلام: "الناس شركاء في الثلاث: الماء والكلأ، والنار"[3] والمسلم والكافر والبهائم فيه سواء.

٥٣٥- والماء في البئر مباح غير مملوك[4]، بخلاف المحرز في الإناء؛ لأنه ملكه بالإحراز، وانقطع حق الغير عنه، كما في الصيد حتى يجوز بيعه، ولو منعه يقاتله بالسلاح[5] إلا أن فيه بقيت[6] شبهة

---

[1] - "أن" ساقط في (ن،ع).

[2] - وفي (م): "بمعنى يمنع حقه"، وفي (ن،ع): "بمعنى بمنع حقه"، والصحيح ما كتبناه، كما في الهداية (٤٨٦/٤).

[3] - رواه أبو داود في سننه في البيوع وابن ماجه في سننه في الأحكام.

[4] - وفي (ن،ع) : "غير ملك".

[5] - قال في الهداية: ولو منعه عن ذلك وهو يخاف على نفسه أو ظهره العطش له أن يقاتله بالسلاح ... وقيل في البئر ونحوها: الأولى أن يقاتله بغير سلاح، بعصاً (الهداية ٤٨٦/٤)، وقال الحصكفي: وإن كان محرزاً في الأواني قاتله بغير السلاح كطعام عند المخمصة (الدر المختار على هامش رد المحتار ٣١٣/٥).

[6] - "بقيت" ساقط في (ن،ع).

الشركة[1] نظراً إلى أصله، حتى لو سرقه سارق لا يجب القطع فيه.

٥٣٦- رجل وضع الطشت ليجتمع فيه ماء المطر، فهو لصاحب الطشت، وإن لم يضع لذلك فهو لمن أخذه، وكذا في طعام الغير حالة المخمصة، وقيل: البئر ونحوها كذلك، أي يقاتله[2] بغير سلاح لو منعه، وإن كان جدولاً صغيراً يرد[3] من الإبل والمواشي الكثيرة إن كان ينقطع بشربها له أن يمنع اعتبارا بسقي المزارع والمشاجر، وقيل: لا يمنع؛ لأن الإبل لايرد في كل وقت، فصار كالمياومة.

٥٣٧- ولو أخذوا الماء منه للوضوء وغسل الثياب في الصحيح ليس له أن يمنع ذلك، وإن أراد أن يسقي شجراً أو خضراً في داره حملا بجراره ليس له أن يمنع ذلك أيضا في الأصح؛ لأن الناس يتوسعون فيه، ويعدون المنع من الدناءة.

٥٣٨- وليس له أن يسقي أرضه ونخله من نهر الغير وبئره وقناته إلا بإذنه، ولو سقى أرضه بماء الغير بغير إذنه فالغلة لصاحب الأرض؛ لأن الزرع للزارع؛ ولكن سبيله التصدق لأنه حصل بسبب خبيث.

٥٣٩- فالحاصل أن المياه أنواع، منها: ماء البحار، فالانتفاع بمائه[4] كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء، فلا يمنع الانتفاع به على أي وجه شاء.

---

[1] - وفي (ن): "المشتركة".

[2] - "يقاتله" ساقط في (ن،ع).

[3] - زائد في النسخ الثلاث: بعده: "إن كان".

[4] - "بمائه" ساقط في (م).

٥٤٠- وأما ماء الأودية، والأنهار العظام كجيحون، وسيحون، ودجلة، والفرات يجوز الانتفاع بالشرب منه على الإطلاق، وأما السقي إن كان لا يضر بالعامة يجوز، وإن كان يضر لا يجوز بأن يميل الماء إلى هذا الجانب، فيغرق القرى والأراضي، وكذلك نصب الرحى[١] عليه.

٥٤١- وأما ماء الأنهار الصغار يجوز الشرب منه على الإطلاق، وأما إذا أراد رجل أن يسقي أرضه منه أو يحيي أرضا مواتا منه كان لأهل النهر أن يمنعوه أضر بهم أو لم يضر؛ لأنه خالص حقهم.

٥٤٢- ثم الأنهار ثلاثة: نهر[٢] كبير كالدجلة والفرات و غيرهما لم يدخل ماؤه[٣] تحت القسمة، وكريه وإصلاحه على السلطان من بيت المال، وإن لم يكن في بيت[٤] المال شيء يجبر الناس على كريه إحياءً لمصلحة العامة.

٥٤٣- ونهر مملوك دخل ماءه تحت[٥] القسمة إلا أنه عام فكريه على أهله لا على بيت المال؛ لأن المنفعة لهم خاص، ومن أبى[٦] منهم يجبرعلى كريه دفعا للضرر عنهم، وهو دفع ضرر بقية الشركاء مخافة

---

[١] - كذا في (ن،ع)، وفي (م): "تصييب الرحاء".

[٢] - ساقط في (ن،ع).

[٣] - وفي (ن،ع): "ما"، والصحيح ما كتبناه.

[٤] - "بيت" ساقط في (م).

[٥] - زاد في (م) بعده: "ماء".

[٦] - وفي (ن،ع): "أتى"، وهو خطأ.

الانبثاق[١] وغرق الأراضي والطروق[٢].

٥٤٤- ونهر مملوك صغير دخل ماءه تحت القسمة إلا أنه خاص، والفاصل بينهما استحقاق الشفة[٣] به وعدمه وكريه على أهله لما بينا ثم الآبي منه هل يجبر، فيه اختلاف[٤].

٥٤٥- ثم كري النهر المشترك على أهله من أعلاه إلى أرضه، فإذا جاوز عنه سقط كريه عند أبي حنيفة رحمه الله[٥]، وقالا: عليهم جميعا؛ لأن لصاحب الأعلى حاجة في الأسفل أيضا إلى تسييل[٦] الماء بعد ما فضل عنه الماء، وله أن المقصود من الكري الانتفاع بالسقي، وقد حصل له، ثم إذا سقط عنه هل يفتح الماء لسقي أرضه، فيه اختلاف.

٥٤٦- وليس لأهل الشفة[٧] من الكري شيء؛ لأنهم لا يحصون

---

[١] - وفي النسخ الثلاث: "الاساق"، والصحيح ما كتبناه، كما في الهداية ٤٨٧/٤.

[٢] - وفي (ن،ع): "الأرض والطرق".

[٣] - في (ن،ع): الشفعة"، وفي (م): "الشقة"، والصواب ما كتبناه.

[٤] - قيل: يجبر الآبي وقيل: لا يجبر لأن كل واحد من الضررين خاص، ويمكن دفعه عنهم بالرجوع على الآبي بما أنفقوا فيه إذا كان بأمر القاضي فاستوت الجهتان (الهداية مع تكملة فتح القدير ٩٨/١٠، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان).

[٥] - والفتوى على قوله، (ر: رد المحتار ٣١٤/٥).

[٦] - وفي النسخ الثلاث: "سبيل الماء"، والصحيح ما كتبناه.

[٧] - وفي النسخ الثلاث: "أهل البلقة"، والصواب ما كتبناه، كما في الهداية (٣٨٩/٤).

عددهم، ولأنهم أتباع.

٥٤٧- نهر بين قوم، فكرى بعضهم وأبى[1] عنه بعضهم، والذين كروا لهم أن يمنعوا من الشرب حتى يأخذوا منه نصيبهم.

٥٤٨- نهر جار في سكة، فكروا أهله وألقوا التراب على حريمه فتجاوز[2] عنه، كلف بنقله إلى موضع آخر.

٥٤٩- وتصح دعوى الشرب من غير أرض استحسانا، وليس لأحد من أهل النهر أن ينصب الرحا عليه إلا برضا من أصحابه، وكذا نصب الدالية والسانية، ولا يتخذ عليه جسرا ولا قنطرة.

[1] - وفي (م): "فكروا بعضهم وأبوا عنه بعضهم".

[2] - وفي (م): "فيتجاوز".

# كتاب الأشربة

الأشربة: جمع شراب، وهو عبارة عن كل ما يشرب حلالا كان أو حراما في اللغة، وفي الشريعة هنا عبارة عما حرم منها.

٥٥٠- والأشربة المحرمة أربعة:

١- الخمر: وهي النيء[١] من ماء العنب إذا غلا واشتد[٢] وقذف بالزبد، وقذف الزبد شرط عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما[٣]، والجمع بين الاشتداد[٤] والغليان ليس بشرط في الحرمة بل يكفي

---

[١] - وفي (م): "التي" أو "النى" غير واضح، والصواب ما كتبناه.
والنيء: بكسر النون والهمز، اللحم الذي لم ينضج، وفي الحديث عن أكل اللحم النيء: هو الذي لم يطبخ، أو طبخ أدنى طبخ ولم ينضج. والعرب تقول للبن المحض: نيء، فإذا حمض فهو نضيج، وأنشد الأصمعي:

إذا ما شئت باكرني غلام بزق فيه نيء أو نضيج

وقال: أراد بالنيء خمراً لم تمسها النار، وبالنضيج المطبوخ، (لسان العرب: (ن، و، ي ١٤/٣٤٤-٣٤٥).

[٢] - هكذا في (ن،ع) وفي (م): "اشد".

[٣] - به قالت الأئمة الثلاثة، أي قذف الزبد ليس بشرط، وبه أخذ أبو حفص الكبير، وهو الأظهر كما في الشرنبلالية عن المواهب (الدر المختار على هامش رد المحتار ٥/٣١٨).

[٤] - وفي (م): "الأشداد".

أحدهما، وقال الأوزاعي: المشتد[1] مباح، وهو قول بعض المعتزلة؛ لأنه ليس بخمر.

٢- والعصير حتى طبخ وذهب أقل من ثلثيه وهو الطّلاء[2].

٣- ونقيع التمر وهو السكر[3] وهو النيء من ماء التمر.

٤- ونقيع الزبيب إذا اشتد[4].

٥٥١- الخمر حرام ونجس نجاسة غليظة[5] بالكتاب، والسنة، وإجماع الأمة، حتى يكفر مستحلها، وسقط تقومها في حق المسلم، ولا يضمن متلفها، وحرم الانتفاع بها إلا حالة الاضطرار، ويحد شاربها ولو كان[6] بقطرة، والطبخ لا يؤثر فيها.

---

[1] - وفي (م): "المشد".

[2] - وفي (ن): "الطلاق"، وهو تحريف، والطلاء: بالكسر هو نجس كالخمر، وبه يفتى (الدر المختار ٥/٣٢١).

[3] - بفتحتين، هذا أحد الأشربة الثلاثة التي تتخذ من التمر، والثاني: النبيذ منه، وهو ما طبخ أدنى طبخة، وهو حلال، والثالث: الفضيخ وهو النيء من ماء البسر المذنب مشتق من الفضخ بالضاد والخاء المعجمتين وهو الكسر، سمي به، لأنه يكسر ويجعل في حب ويصب عليه الماء الحار لتخرج حلاوته، وحكمه كالسكر (رد المحتار ٥/٣٢١).

[4] - وفي (م): "أشد".

[5] - ساقط في (ن،ع).

[6] - ساقط في (ن،ع).

٥٥٢- واختلفوا في ماليتها[١]، والأصح أنه {مال}[٢]، لأن الطبع يميل إليها ولكنه غير متقوم.

٥٥٣- وقيل: إنما سمي[٣] خمرا لمخامرته العقل وهو موجود في كل مسكر وهو حرام لقوله عليه السلام: "كل مسكر حرام[٤]" وقيل: سمي به لتخمره لا لمخامرة العقل، والحديث مطعون وقد طعنه يحيى بن معين، وكذا الباذق[٥] والمنصف وهي النيء[٦] من ماء العنب إذا غلا واشتد[٧] وقذف

---

[١] - قال أبو السعود: والظاهر أن هذا الخلاف مفرع على الخلاف في سقوط ماليتها، فمن قال إنها مال، وهو الأصح، قال: لا يباح إتلافها إلا لغرض صحيح، وهو حسن (رد المحتار ٣١٩/٥).

[٢] - ساقط في النسخ الثلاث: أضفناه للتوضيح (ر: الهداية على هامش فتح القدير ٩٦/١٠).

[٣] - وفي (ن،ع): "يسمى".

[٤] - وفي (م): "خمر" مكان "حرام"، وعن ابن عمر قال: سمعت النبي -ﷺ- يقول: "كل مسكر حرام" (الترمذي، كتاب الأشربة، باب ما جاء كل مسكر حرام، رقم الحديث: ١٨٦٤).

[٥] - بكسر الذال وفتحها كما في القاموس، ويسمى المنصف أيضاً، والمنصف الذاهب النصف، والباذق الذاهب ما دونه، والحكم فيهما واحد كما في الغاية (رد المحتار ٣٢١/٥)، وفي العناية: الباذق المطبوخ أدنى طبخة، والمنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ كذا في العناية مع تكملة فتح القدير ١١٤/١٠، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.

[٦] - وفي (م): "التي" وهو خطأ.

[٧] - وفي (م): "أشد".

بالزبد فهوحرام. وقبل قذف الزبد فيه اختلاف بين أبي حنيفة وبين صاحبيه، وقبل الغليان اختلاف الأوزاعي، وقبل الاشتداد وهو حلال بلا خلاف.

٥٥٤- وأما نقيع التمر وهو النيء من[١] ماء التمر، وحكمه حكم الباذق، وقال شريك بن عبد الله: إنه مباح، وكذا الفضيخ وهو النيء من ماء البسر.

٥٥٥- والنبيذ من التمر وهو النيء من مائه ومن ماء البسر المذنب[٢] إذا طبخ أدنى طبخة، فحكمه حكم المثلث[٣].

٥٥٦- وكذا نبيذ الزبيب وهو النيء من ماء الزبيب إذا غلا واشتد، فيتأتى فيه خلاف الأوزاعي، إلا أن حرمة هذه الأشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها؛ لأن حرمتها اجتهادية، وحرمة الخمر قطعية، ولا يجب الحد بشرب هذه الأشربة حتى يسكر.

٥٥٧- وفي نجاستها روايتان: في رواية: غليظة، وفي رواية: خفيفة، وفي تقومها اختلاف أيضا[٤]. ويجوز بيعها عند أبي حنيفة رحمه

---

[١] - "من" ساقط في (م).

[٢] - وفي (م): "المذيب".

[٣] - الفتوى على أنه يعد مسكراً حين يختلط كلامه، ويصير غالبه الهذيان (رد المحتار ٣٢٢/٥).

[٤] - أي يجوز بيعها ويضمن متلفها عند أبي حنيفة خلافا لهما، كما في الهداية، وقال ابن عابدين: الفتوى على قول أبي حنيفة رحمه الله في البيع، وعلى قولهما في الضمان إن قصد المتلف الحسبة، وذلك يعرف بالقرائن، وإلا فعلى

الله، وأبويوسف مع الكراهة إذا ذهب بالطبخ أكثر من النصف[1].

٥٥٨- ونبيذ التمر والزبيب إذا طبخ كل واحد منهما أدنى الطبخ فهو حلال، وإن اشتد إذا شرب منه[2] ما يغلب على ظنه أنه لا يسكر من غير لهو ولا طرب عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله[3]، والصحيح قولهما، لأنه[4] أبعد من تفسيق الصحابة رضي الله عنهم[5]، وعن أبي يوسف رحمه الله إن قصد السكر به[6] فالقدح الأول حرام، والمجيء[7] إليه

---

قوله كما في التاتارخانية (رد المحتار ٣٢٣/٥).

[1] - وفي الهداية: وعن أبي يوسف أنه يجوز بيعها إذا كان الذاهب بالطبخ أكثر من النصف دون الثلثين (الهداية مع تكملة فتح القدير ١١٥/١٠، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.

[2] - "منه" ساقط في (م).

[3] - وعند محمد والشافعي حرام (الهداية مع تكملة فتح القدير ١١٦/١٠ دار الكتب العلمية بيروت - لبنان)، وفي الجوهرة: والخلاف فيما إذا شربه للتقوي في الطاعة أو للتداوي أو لاستمراء الطعام وإلا فهو حرام بالإجماع (الجوهرة النيرة ٢٦٩/٢، مكتبة حقانية ملتان - باكستان).

[4] - وفي (ن): "إلا أنه".

[5] - لما روى ابن زياد قال: سقاني ابن عمر شربة ما كدت أهتدي إلى أهلي، فغدوت إليه من الغد، فأخبرته بذلك، فقال: ما زدناك على عجوة وزبيب، قال الزيلعي: رواه محمد بن الحسن في كتاب الآثار (نصب الراية ١٠/٥، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان).

[6] - وفي (ن،ع): "السكرية".

[7] - وفي (ن،ع): "والمتوالية"، وهو خطأ، وفي (م): "المبنى إليه".

والقعود حرام[1]، وإن لم يقصد به السكر لا بأس بالقعود، وإن أراد الاستكثار[2] فقد أساء، والقدح الأخير[3] حرام؛ لأنه هو المسكر[4] حقيقة[5].

٥٥٩- ونبيذ الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال وإن لم يطبخ، إذا شرب منه من غير لهو عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، فهو كالمثلث لقوله عليه السلام: "الخمر من هاتين الشجرتين"[6] أشار إلى الكرم والنخل. ولا يحد شاربه عندهما وإن سكر منه، ولايقع طلاقه إذا سكرمنه كمن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك، ولأن قليله لا يدعو إلى كثيره، بخلاف الخمر، والأصح أنه يحد، وعن محمد رحمه الله أنه حرام ويحد شاربه إذا سكر منه ويقع طلاقه، والأصح فيه قول محمد[7]، وكذلك

---

[1] - قال في رد المحتار: عن أبي يوسف لو أراد السكر فقليله وكثيره حرام، وقعوده لذلك ومشيه إليه حرام، (رد المحتار٥/٣٢٤، كتاب الأشربة).

[2] - وفي (ن،ع): "الاستكبار".

[3] - وفي (م): "الآخر".

[4] - وفي (ن،ع): "السكر".

[5] - قال صاحب العناية: فإن قيل: القدح الأخير إنما يصير مسكراً بما تقدمه لا بانفراده فينبغي أن يحرم ما تقدم أيضاً، قلنا: لما وجد السكر بشرب القدح الأخير أضيف الحكم إليه لكونه علة معنى وحكماً (العناية مع تكملة فتح القدير ١٠/١٢٠، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان).

[6] - أخرجه الجماعة في الأشربة إلا البخاري عن يزيد بن عبد الرحمن عن أبي هريرة قال: قال رسول الله -ﷺ-: الخمر من هاتين الشجرتين: النخلة والعنبة وفي لفظ لمسلم: "الكرمة والنخلة".

[7] - وبه يفتى (رد المحتار ٥/٣٢٣، ٣٢٤).

المتخذ من الألبان إذا اشتد، فهو على هذا الخلاف.

وقيل: المتخذ من لبن الرماك لا يحل عند أبي حنيفة رحمه الله اعتبارا بلحمه، والأصح أنه يحل؛ لأن كراهة لحمه لما في إباحته قطع مادة الجهاد، فهذا معدوم المعنى في لبنه.

٥٦٠- وأما المثلث فهي النيء من عصير العنب إذا طبخ حتى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه حلال وإن اشتد عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، إذا قصد به التقوي واستمراء الطعام دون التلهي، وقال محمد، ومالك، والشافعي رحمهم الله: هو حرام، وعن محمد رحمه الله مثل قولهما، وعنه أنه يكره[1]، وعنه أنه توقف فيه[2]، وعن أبي حنيفة رحمه الله المثلث بالشمس لا بأس به.

٥٦١- والجمهوري وهي النيء من ماء العنب فيصب عليه الماء ثم يطبخ حتى يذهب ثلثه وبقي ثلثاه، فحكمه حكم الباذق.

٥٦٢- ولو جمع بين عصير العنب ونقيع التمر والزبيب في الطبخ لا يحل حتى يذهب ثلثاه؛ لأن النقيع وإن كان يكفي فيه أدنى طبخة، وعصير العنب لا يكفي، فيعتبر جانب العنب احتياطا، ولا بأس بالخليطين وهو الجمع بين الزبيب والتمر في الطبخ.

٥٦٣- ولو طبخ العنب كما هو، ثم عصر يكفي أدنى طبخة في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله، والأصح أنه لا يكفي حتى يذهب ثلثاه.

---

[1] - المراد بالكراهة ههنا هو الكراهة التنزيهية (ر: تكملة فتح القدير ١٢٠/١٠، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

[2] - وفي (م): "يوقف فيه".

٥٦٤- وإذا تخللت الخمر حلت سواء صارت خلا بنفسها أو بشيء طرح فيها، ولا يكره تخليلها؛ لأن التخليل إصلاح الفاسد، وهو من الحكمة كغسل الثوب النجس ودبغ جلد الميتة، وقال الشافعي رحمه الله: يكره تخليلها، ولا يحل الخل الحاصل به، قولا واحدا، إذا ألقي فيها شيء، وإن صارت خلا بغير إلقاء شيء، فله في هذا الخل الحاصل قولان.

٥٦٥- رجل له عصير يريد أن يتخذه خلا، ينبغي أن لا يتعمد تركه حتى يصير خمرا، ولذلك لو أراد أن يتخذ خلا يصب إلى أسفل الخابية خلا، فيتحمض قبل أن يصير خمراً.

٥٦٦- حمل الخمر للتخليل، قيل: لا بأس به، وصب الخمر في الخل إساءة، والله أعلم.

# كتاب الإكراه

٥٦٧- قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: الإكراه فعل يفعله المرأ بغيره[١] فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره من غير أن يعدم به الأهلية في الحقوق، ولا يسقط عنه الخطاب؛ لأن المكره مبتلى والابتلاء يقرر الخطاب، ولا شك أنه مخاطب في غير ما أكره عليه، فكذا فيما أكره عليه.

٥٦٨- ثم هذا الأمر يتنوع، تارة يحرم له الإقدام عليه كقتل الغير[٢]، وتارة يباح له أو يلزم عليه، كأكل الميتة، وشرب الخمر؛ وتارة يرخص له كإجراء كلمة الكفر حالة الإكراه[٣]، وإتلاف مال الغير.

٥٦٩- وهذا إنما يتحقق ممن يقدر على إيقاع ما توعد به سلطانا كان أو لصّاً، والذي قاله أبو حنيفة رحمه الله: أن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان لما أن المنعة له، والقدرة لا تتحقق بدون المنعة، فقد قالوا: هذا اختلاف عصر وزمان[٤].

---

[١] - "لغيره" ساقط في (ن،ع).

[٢] - "الغير" ساقط في (ن،ع).

[٣] - وفي (ن،ع): "الإكرام" وهو خطأ.

[٤] - هذا اختلاف عصر وزمان، لا اختلاف حجة وبرهان ولم تكن القدرة في زمنه إلا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان وأهله (انظر الهداية على هامش

٥٧٠- والمكره أن يكون خائفا منه على نفسه على إيقاع ما توعد[١] به عاجلا بالتيقن أو بغلبة الظن يتحقق[٢] الإكراه وإلا فلا.

٥٧١- ثم الإكراه كامل وهو يفسد الاختيار ويوجب الإلجاء كالإكراه بالقتل، وقاصر وهو يعدم الرضا ولا يوجب الإلجاء كالإكراه بالضرب.

٥٧٢- وحكم الإكراه الحل، والحرمة، والجواز، وعدم الضمان، وعدمه بكل حق هو حق نفسه مثل البيع أو حق الشرع مثل أكل الميتة، فبالإكراه يحل، وإن كان حق غيره كالإكراه على ملك الغير لا يحل[٣].

٥٧٣- وكل عقد يحتمل الفسخ[٤] ولا يصح مع الهزل كالبيع

---

تكملة فتح القدير ٢٣٩/٩، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان).

[١] - وفي (ن،ع): "ما يوعد"، وفي الدر المختار: وشرطه أربعة أمور: قدرة المكره على إيقاع ما هدر به سلطاناً أو لصاً، والثاني: خوف المكره إيقاعه أي إيقاع ما هدر به في الحال بغلبة ظنه، والثالث: كون الشيء المكره به متلفاً نفساً أوعضواً، أو موجباً عما يعدم الرضا، والرابع: كون المكره ممتنعاً عما أكره عليه قبله، إما لحقه أو لحق شخص آخر أو لحق الشرع (الدر المختار مع رد المحتار ١٧٨/٩ كتاب الإكراه، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان).

[٢] - وفي (م): "تحقق".

[٣] - "على ملك الغير لا يحل" ساقط في (ن،ع).

[٤] - قال الحصكفي: والأصل عندنا أن كل ما يصح مع الهزل يصح مع الإكراه، لأن ما يصح مع الهزل لا يحتمل الفسخ، وكل ما لا يحتمل الفسخ لا يؤثر فيه الإكراه (الدر المختار على هامش رد المحتار ٩٦/٥ مطلب: بيع المكره فاسد وزوائده مضمونة بالتعدي).

والشراء لا يصح مع الإكراه[1]، وفي كل موضع أن يصلح المكره آلة، فالضمان على المكره كالإكراه على إتلاف مال الغير، وما لا يصلح[2] آلة، فالضمان عليه كالإكراه على الأكل.

٥٧٤- وإن أكرهه على بيع ماله أوشراء سلعة بالقتل أو بالضرب الشديد أو الحبس فيتحقق الإكراه به، ويثبت الملك به؛ لأن ركن البيع صدر من أهله مضافا إلى محله، إلا أنه فقد شرطه وهو التراضي، فيتوقف على رضاه، و إن أجازه ينفذ ولزمته القيمة لزوال المانع[3]، وله حق[4] الاسترداد وإن تداولته الأيدي، بخلاف البياعات الفاسدة، لأن ذلك حق الشرع، وإن قبض البائع الثمن طوعاً فقد أجاز البيع؛ لأنه دليل الرضا، وكذا إذا سلم المبيع طائعا، بخلاف ما إذا أكرهه على الهبة ثم دفعه طائعا؛ لأن الهبة لا تصح بدون القبض.

٥٧٥- وإن هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع لفساد البيع، وله أن يضمن المكره إن شاء، فصار كأنه دفع مال البائع إلى المشتري كالغاصب وغاصب الغاصب[5]، فيضمن أيهما[6]

---

[1] - وفي (م): "وكل عقد لا يحتمل الفسخ ويصح مع الإكراه وكل عقد يحتمل الفسخ ولا يصح مع الإكراه".

[2] - وفي (م): "يصح".

[3] - وفي (ن،ع): "المنافع".

[4] - "حق" ساقط في (ن،ع).

[5] - وفي النسخ الثلاث: "كالمالك مع غاصب الغاصب" والصحيح ما كتبناه (ر: الدر المختار على هامش رد المحتار ٩١/٥).

[6] - وفي (م): "بها".

شاء[1]، فلو ضمن المكره يرجع على المشتري بالقيمة؛ لأنه قام مقام البائع، وإن ضمن المشتري[2] وقد تداولته الأيدي، نفذ كل بيع كان بعد قبضه؛ لأنه ملكه بالضمان مستندا إلى وقت القبض لا ما قبله، بخلاف ما لو أجازه حيث يجوز ما كان قبله[3].

٥٧٦- وإن أكرهه عليه بمالا يخاف على نفسه كضرب سوط[4] أو قيد يوم لا يكون إكراها، إلا إذا كان صاحب منصب وشرف، أو كان ضعيفا يكون إكراها في حقه دون غيره، ولهذا قيل: إن الأمر مفوض إلى رأي المجتهد.

٥٧٧- وإن أكرهه على أكل الميتة أو شرب الخمر بالقتل أو بإتلاف عضو، وسعه أن يقدم عليه كما في حال المخمصة، وحرمة العضو كحرمة النفس ولو على قطع أنملة؛ لأنه يفوت[5] لا إلى خلف.

٥٧٨- وكذا لو توعد ضربا يخاف منه على نفسه، فإن صبر ولم يأكله حتى أوقعه ذلك فهو آثم كما في حالة المخمصة؛ لأنه امتنع من فعل مباح، إلا إذا أراد به مغايظة الكفار لا بأس به، وعن أبي يوسف رحمه الله

---

[1] - لأن المكره كالغاصب والمشتري كغاصب الغاصب (رد المحتار ٩٢/٥).

[2] - زاد في (م): "بالقيمة، لأنه قام مقام البائع".

[3] - أي بخلاف ما إذا أجاز المالك المكره عقدا منها حيث يجوز ما قبله وما بعده، لأنه أسقط حقه، وهو المانع فعاد الكل إلى الجواز (الهداية مع تكملة فتح القدير ٢٤٣/٩، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان).

[4] - وفي (م): "صوت" وهو خطأ.

[5] - وفي (ن،ع): "تفوت".

أنه لا يأثم؛ لأنه رخصة إذ الحرمة قائمة، ألا ترى[1] أنه لا يحل بمطلق العطش، بخلاف حالة المخمصة، فإن الحرمة لم تبق بعد الاستثناء[2]، وكذا لو لم يعلم الإباحة لا يأثم، لأن فيه خفاء.

٥٧٩- وإن أكرهه على الكفر بالله أو بسبّ النبي -ﷺ- لم يكن إكراها، حتى يخاف على نفسه أو على عضو من أعضائه، فإذا خاف على ذلك وسعه أن يظهر ما أمروه به إذا كان قلبه مطمئنا بالإيمان[3]، فلا إثم عليه، لحديث[4] عمار[5] رضي الله عنه، نزل في حقه قوله تعالى: ﴿إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان﴾[6]، [وهذا استثناء من الغضب دون

---

[1] - وفي (ن،ع): "يرى".

[2] - أي في قوله تعالى: ﴿وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه﴾ (الأنعام: ١١٩).

[3] - أي إذا أكره على ذكره بما لا يخاف به على النفس أو العضو لا يصح الإقدام عليه، وإذا خاف على ذلك جاز له أن يظهر ما أمروه به من إجراء كلمة الكفر (العناية مع تكملة فتح القدير ٢٤٦/٩، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان).

[4] - حديث عمار رواه الحاكم في المستدرك في تفسير سورة النحل: أخذ المشركون عمار بن ياسر، فلم يتركوه حتى سب النبي -ﷺ-، وذكر آلهتهم بخير، ثم تركوه فلما أتى رسول الله -ﷺ-، قال له عليه السلام: ما وراءك؟ قال: شر يا رسول الله! ما تركت حتى نلت منك وذكرت آلهتهم بخير، قال: فكيف تجد قلبك؟ قال: مطمئناً بالإيمان قال: إن عادوا فعد (المستدرك على الصحيحين ٣٨٩/٢، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان).

[5] - وفي (م): "عمر".

[6] - النحل: ١٠٦

الحرمة، والحرمة باقية، بخلاف قوله: ﴿إلا ما اضطررتم إليه﴾[1]]، وهو الاستثناء من الحرمة، فيقتضي الحل، ولأن[2] ركن الإيمان ببقاء العقيدة، وإنها لا تفوت لهذا[3].

٥٨٠- وإن صبر حتى قتل، ولم يظهر الكفر، أجر لحديث خبيب رضي الله عنه، وقال عليه السلام في حقه: "هو رفيقي في الجنة[4]"، ولأن إجراء كلمة الكفر على اللسان حالة الضرورة لا يوجب خللا فيما هو الركن.

٥٨١- وعلى هذا لو أكرهه على الصلاة للصليب، وسب محمد -ﷺ- وقال: نويت بها الصلاة لله وسبّ محمداً آخر غير النبي[5] -ﷺ- لا يكفر، وبانت امرأته قضاء لا ديانة.

ولو صلى للصليب وسب محمدا عليه السلام وقد خطر بباله الصلاة لله وسب غير[6] النبي يكفر، وبانت امرأته قضاءً وديانة لترك

---

[1] - ما بين القوسين ساقط في (ن،ع)، الأنعام: ١١٩.

[2] - وفي (م): "لأن"، وفي (ن،ع): "ولأن ركن الإيمان تبع العقيدة".

[3] - وفي (ن،ع): "بهذا".

[4] - حديث: "هو رفيقي في الجنة" قال الزيلعي: غريب، وقتل خبيب في صحيح البخاري في مواضع وليس فيه أن النبي -ﷺ- قال: "هو رفيقي في الجنة" (انظر نصب الراية ٣٥٣/٤).

[5] - وفي (م): "محمداً غير النبي".

[6] - وفي (م): "غير" ساقط.

المخرج[1].

وهذه المسئلة تدل على أن السجود لغير الله تعالى على وجه التعظيم كفر.

٥٨٢- وإن أكرهه على إتلاف مال المسلم على هذا[2].

٥٨٣- ولو أكرهه بقتله على قتل غيره لم يسعه أن يقدم عليه

---

[1] - وفي الدر المختار: وإن أكره على الكفر بالله تعالى أو سب النبي -ﷺ- بقطع أو قتل رخص له أن يظهر ما أمر به على لسانه ويوري، وقلبه مطمئن بالإيمان، ثم إن وري لا يكفر وبانت امرأته قضاءً لا ديانةً، وإن خطر بباله التورية ولم يور كفر وبانت ديانة وقضاءً، وقال ابن عابدين: أي إن خطر بباله الصلاة لله تعالى وسب غير النبي ولم يور كفر، لأنه أمكنه دفع ما أكره عليه عن نفسه، ووجد مخرجاً عما ابتلي به، ثم لما ترك ما خطر على باله وشتم محمداً النبي -ﷺ- كان كافراً وإن وافق المكره فيما أكرهه، لأنه وافقه بعد ما وجد مخرجاً عما ابتلي فكان غير مضطر ... وبقي قسم ثالث: قال في الكفاية: وإن لم يخطر بباله شيئ وصلى للصليب أو سب محمداً -ﷺ- وقلبه مطمئن بالإيمان لم تبن منكوحته لا قضاء ولا ديانة لأنه فعل مكرها (الدر المختار مع رد المحتار ١٨٥/٩، مطلب: بيع المكره فاسد، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان).

[2] - هكذا في النسخ الثلاث ولو كان "له هذا" أي يجوز له الفعل، لكان أصوب، وفي الدر المختار: ورخص له إتلاف مال مسلم أو ذمي بقتل، أو قطع، ويؤجر لو صبر، وقال ابن عابدين: لأخذه بالعزيمة، لأن أخذ مال الغير من المظالم، وحرمة الظلم لا تنكشف، ولا تباح بحال كالكفر، وفيه إشارة إلى أن ترك الإتلاف أفضل (المصدر السابق).

ويصبر حتى يقتل، فإن قتله يأثم، لأن قتل المسلم مما لا يستباح لضرورة ما، بخلاف مال المسلم، فإنه يباح لضرورة المخمصة، فيباح بالإكراه.

وإجراء كلمة الكفر لا يباح في حال من الأحوال كالقتل ومع هذا يرخص في إجرائها ولا يرخص في القتل؛ لأن الرخصة تثبت ثمة[1] بالنص على خلاف القياس، والقتل ليس في معناه؛ لأن القتل حق العبد، والإجراء خالص حق الله تعالى.

٥٨٤- والقصاص على المكره[2] عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله؛ لأن المكره آلة له كالسيف، وقول زفر رحمه الله على خلاف قولهما[3]؛ لأن المكره مختار فيما أمربه، وهو خلاف نهي الشرع، وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يجب عليهما.

٥٨٥- ولو قال للذي قصد بقتله: اقتلني وأنت في حل[4]، فقتله تجب عليه الدية في ماله، فصار كأنه قتل إنسانا بإذنه، بخلاف ما لو

---

[1] - "ثمة" ساقط في (ن،ع).

[2] - بالكسر، لو مكلفاً، على ما في المبسوط، لأن القاتل كالآلة (انظر الدر المختار على هامش رد المحتار ٥/٩٤).

[3] - قال في جامع الرموز: يقاد هو أي الحامل فقط، لا الفاعل عند الطرفين، ويقاد الفاعل عند زفر، ولا يقاد عند أبي يوسف، لكن تجب الدية على الحامل في ثلاث سنين ويحرم عن الميراث دون الفاعل (جامع الرموز ٥٨٥/٤).

[4] - وقال الحصكفي: ولو قال: اقتلني، فقتله بسيف فلا قصاص، وتجب الدية في ماله في الصحيح، لأن الإباحة لا تجري في النفس، وسقط القود لشبهة الإذن، وكذا لو قال: اقتل أخي أو ابني، أو أبي فتلزمه الدية استحساناً (الدر المختار على هامش رد المحتار ٥/٣٨٨).

أكرهه على قطع يد الغير، والغير أذن له في قطعه [فقطعه][1]، فلا شيء عليه ولا على المكره؛ لأن الأطراف مما تستباح.

٥٨٦- ولو أكرهه على قتل مورثه[2] فقتله لا يحرم عن الميراث.

٥٨٧- وإن أكرهه على طلاق[3] امرأته[4] أوعتق عبده[5]، ففعل وقع ما أكره عليه عندنا[6] خلافا للشافعي رحمه الله.

٥٨٨- ولو أكرهه على التوكيل بالطلاق ففعل الوكيل يقع استحسانا[7]؛ لأن التوكيل لا يبطل بالشروط[8].

٥٨٩- وإن أكرهه على الردة لم تبن امرأته منه؛ لأن الردة تتعلق

---

[1] - ما بين القوسين زدناه من فتاوى النوازل ص: ٤٣٦ دار الإيمان.

[2] - وفي (ن،ع): "مورث" بدون "ه".

[3] - وفي (م): "إطلاق"، وهو خطأ.

[4] - وفي (ن،ع): "طلاق المرأة".

[5] - "عبده" ساقط في (ن،ع).

[6] - ويرجع الفاعل بقيمة العبد على الحامل إذا أكره بالملجيء، وإلا فلا، وإن كان المكره على الطلاق لم يطأ زوجته، ولم يخل بها يرجع على الحامل بنصف المهر المسمى، أو المتعة إذا لم يسم (جامع الرموز ٥٨٥/٤).

[7] - والقياس أن لا يجوز، لأن الوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الإكراه، وجه الاستحسان: أن الإكراه يؤثر في فساد العقد فكان كالشرط الفاسد، والشروط الفاسدة لا تؤثر في فساد الوكالة، أما أنه كالشرط الفاسد فلما تقدم أنه يعدم الرضا فيفسد به الاختيار فصار كأنه شرطاً فاسداً فإنه يفسد العقد ولا يمنع الانعقاد (العناية مع تكملة فتح القدير ٢٥٣/٩، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان).

[8] - وفي (ن،ع): "بالشرط".

بالاعتقاد حتى لو أظهره وقلبه مطمئن بالإيمان فلا يكفر، بخلاف ما لو[١] أكرهه على الإسلام حيث يحكم بإسلامه في حق الأحكام، أما فيما بينه وبين الله تعالى لا يكون مسلما ما لم يعتقده.

٥٩٠- ولو قال: أردت ما طلبت مني وقد خطر بباله الخبر عما مضى[٢]، بانت امرأته ديانة وقضاءً، لأنه مبتدئ[٣] بالكفر بإخبار عما مضى[٤] هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره[٥].

٥٩١- وإذا أكرهه السلطان على الزنا فزنى[٦] لا يحد عند أبي حنيفة رحمه الله[٧]، وفي قوله الأول يحد، وهو قول زفر رحمه الله؛ لأن الزنا بالإكراه من قبل الرجل لا يتصور لأن انتشار[٨] الآلة دليل الطوع، وجه الأول أن الانتشار قد يكون طبعا لا طوعا كما في النائم، والله أعلم.

---

١ - "لو" ساقط في (ن،ع).

٢ - في (م): "يقتضي" والصواب ما كتبناه كما في الهداية مع التكملة ٢٥٧/٩.

٣ - وفي (م): "مبدأ".

٤ - وفي (م): "عما يقتضي" ولعل الصواب ما كتبناه.

٥ - لأنه لما خطر هذا بباله أمكنه الخروج عما ابتلي به بأن ينوي ذلك، فإذا لم يفعل وأنشأ الكفر كمن أجرى كلمة الكفر طائعاً على وجه الاستخفاف مع علمه أنه كفر فتبين امرأته قضاء وديانة (العناية مع الهداية ٢٥٧/٦، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان).

٦ - سقط في (ن،ع): "فزنى".

٧ - وبه قال أبويوسف ومحمد رحمهما الله كما في الهداية ٣٥١/٣.

٨ - وفي (م): "إلا بأن انتشار"، وفي (ن،ع): "إلا أن ينشار"، والصواب ما كتبناه.

# كتاب الجنايات

٥٩٢- الجناية[١] اسم لفعل محرّم[٢] شرعاً يقع في النفوس والأطراف والأموال، إلا أن الفقهاء خصوا[٣] هذا الفعل في الأموال باسم السرقة والغصب.

والقتل اسم لجرح مؤثر فى إزهاق[٤] الروح بآلة جارحة عاملة في الظاهر والباطن.

٥٩٣ – والعمد ما تعمد قتله بقصد صحيح؛ لأن الجناية به تتكامل، وبفعل هو مؤثر في إزهاق الحياة وبآلة صالحة لزهق[٥] الروح، قال أبو الحسن[٦]: كل ما يقع به الذكاة فيقع به القصاص إذا قتل به، والإزهاق ليس بمحسوس[٧]، فقام القصد مقامه، وهذا الفعل محظور[٨] محض ليس

---

[١] – لغة من جنى الذنب عليه يجنيه جناية: جره إليه، (القاموس المحيط: ١٦٤١).

[٢] – وفي (ن،ع): "يحرم".

[٣] – وفي (ن،ع): "حظو" وهو خطأ.

[٤] – وفي (ن،ع): "إرهاق" بالراء، وهو خطأ.

[٥] – وفي (م): "لذلك" ولعل الصواب ما كتبناه.

[٦] – أي الإمام القدوري رحمه الله.

[٧] – وفي (ن،ع): "إزهاقاً ليس بمحسوس".

[٨] – وفي (م): "محضور"، وهو خطأ.

فيها شبهة الإباحة أصلا، وهو كبيرة من أكبر الكبائر[1] بعد الإشراك بالله تعالى، قال الله تعالى: ﴿من أجل ذلك كتبنا على بني إسرائيل أنه من قتل نفسا﴾ إلى قوله ﴿فكأنما قتل الناس جميعا﴾[2].

٥٩٤- وموجبه المأثم لقوله تعالى: ﴿ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم﴾[3] الآية، وعليه انعقد إجماع الأمة.

والقصاص لقوله تعالى: ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى﴾[4]، الآية، ولقوله عليه السلام: "في العمد القود[5]" أي موجبه القود.

٥٩٥- ثم القصاص إنما وجب على القاتل عقوبة عليه وزجرا وجبرا لا عوضا عن شيء، ثم هو واجب للولي لا عليه ابتداءً أو ميراثا، ولهذا يثبت حق القصاص لجميع الورثة لقوله عليه السلام: "من ترك مالا أو حقا فلورثته"[6]. وقال ابن أبي ليلى: لا حق للزوج والزوجة

---

[1] - ليس في (ع): "من أكبر الكبائر".

[2] - المائدة: ٣٢.

[3] - النساء: ٩٣.

[4] - البقرة: ١٧٨.

[5] - حديث: "في العمد القود" رواه ابن أبي شيبة في مصنفه عن ابن عباس قال قال رسول الله -ﷺ-: العمد قود إلا أن يعفو ولي المقتول (مصنف ابن أبي شيبة ٤٣٦/٥، مكتبة الرشد - الرياض).

[6] - روى البخاري بلفظ: "من ترك مالاً فلورثته، ومن ترك كلا فإلينا" (البخاري مع فتح الباري ٦١/٥، كتاب الاستقراض، باب الصلاة على من ترك دينا دار المعرفة)، وقال ابن حجر في تلخيص الحبير: أورده الشافعي هنا بلفظ: "من ترك حقاً"، ولم أره كذلك (تلخيص الحبير ٥٦/٢، كتاب الشفعة ط دار

في القصاص؛ لأن سبب الاستحقاق لهما العقد، والقصاص لايستحق بالعقد كالموصى له عن المقتول.

٥٩٦- والواجب على الإمام التخلية بين أولياء المقتول وبين القاتل، وعلى القاتل تمكين نفسه لهم، أما قوله: ابتداءً، فلأنه يصح عفو الولي وصلحه قبل موت المجروح، ولكن السبب انعقد للمقتول، فيصح عفوه أيضاً.

٥٩٧- وعفو الأولياء وصلحهم إنما يجوز لأن الحق لهم، فإن عفى أحد الأولياء منه ولم يعلم الباقون عفوه أو سقوط القصاص بعفوه لا قصاص عليهم، وإن علموا أنه وجب القصاص، وليس للولي أخذ الدية إلا برضا القاتل، وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله، إلا أن له حق العدول من القصاص إلى الدية من غير رضا القاتل؛ لأنه تعين مدفعا للهلاك، فيجوز بدون رضاه، وفي قوله الآخر: الواجب أحدهما بلا تعيين، ويتعين باختياره؛ لأن حق العبد شرع جابراً[١] وفي كل نوع منهما جبر فيتخير[٢]، ولنا أن موجب العمد[٣] القصاص دون المال كما أن موجب الخطأ المال دون القصاص؛ لأن القصاص يبني على[٤] المساواة، واتباع الشيء بإتيان مثله.

---

المعرفة، بيروت – لبنان).

[١] – وفي (م): "شرع جائزاً".

[٢] – وفي (ن،ع): "منهما نوع جبر فيتخير"، وفي (م) غير مفهوم.

[٣] – وفي (ن،ع): "العهد" وهو خطأ.

[٤] – وفي (ن،ع): "يثنى عن المساواة".

٥٩٨- والأصل في العمد القصاص لتحقق المساواة في إزهاق الروح، ولهذا[١] يقتل الصحيح بالمريض، والسالم بمقطوع الجوارح، والكبير بالصغير، وفيه مصلحة الأحياء زجراً وجبراً فيتعين القصاص؛ لأنه لا مماثلة بين النفس والمال إلا عند تعذر القصاص، كالأب إذا قتل ابنه عمداً لا يجب القصاص، لقوله عليه السلام: "لا يقاد الوالد بولده"[٢]، وتجب الدية في ماله صيانة الدم عن الهدر، فقام المال مقام القصاص للضرورة.

٥٩٩- وكذلك في قتل الخطأ إنما يجب المال صيانة الدم عن الهدر لعدم قصده في قتله.

٦٠٠- ولا كفارة في العمد عندنا؛ لأنه كبيرة محضة، والكفارة دائرة بين العبادة[٣] والعقوبة، فلا تجب إلا بسبب دائر بين الحظر والإباحة، وعند الشافعي رحمه الله تجب بدلالة النص؛ لأنها وجبت في الخطأ مع أن الخاطي معذور في الخطأ فأولى أن تجب في العمد؛ لأن الحاجة[٤] أمس فيها وأدعى إلى إيجابها[٥].

---

[١] - وفي النسخ الثلاث "هذا"، والصحيح ما كتبناه.

[٢] - حديث : "لا يقاد الوالد بولده" أخرجه الترمذي، وابن ماجه في الديات عن عمر بن الخطاب قال سمعت رسول الله -ﷺ- يقول: "لا يقاد الوالد بالولد" (سنن الترمذي ٧٠/٣، سنن ابن ماجة ٨٨٨/٢).

[٣] - وفي (م): "العباد".

[٤] - وفي (م): "الإباحة" وهو خطأ.

[٥] - عبارة الهداية واضحة: وعند الشافعي رحمه الله تجب، لأن الحاجة إلى التكفير في العمد أمسّ منها إليه في الخطأ فكان ادعى إلى إيجابها (الهداية مع التكملة ٢٢٥/١٠، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان).

٦٠١- ومن حكم العمد[١] حرمان الميراث وصيرورة المقتول شهيداً.

٦٠٢- وموجب شبه العمد:[٢] الإثم؛ لأنه قاصد في الضرب، والكفارة لشبهه بالخطأ، ودية مغلظة على العاقلة بالنص[٣].

٦٠٣- والخطأ على ضربين[٤]:

خطأ في القصد: وهو أن يرمي إلى المحل قاصدا، ولكن الخطأ يقع في قصده لا فعله.

---

[١] - "العمد" ساقط في (م).

[٢] - اختلفوا في تفسير هذا النوع من القتل: فقال أبوحنيفة رحمه الله: شبه العمد هو أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما أجرى مجراه سواء كان الهلاك به غالباً كالحجر والعصا الكبيرين ومدقة القصار، أو لم يكن كالعصا الصغيرة، وقالا: هو أن يتعمد الضرب بما لا يحصل الهلاك به غالباً كالعصا الصغيرة إذا لم يوال في الضربات فأما إذا والى فيها فقيل: شبه عمد عندهما، وقيل: عمد محض (العناية مع تكملة فتح القدير ٢٣٠/١٠، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان).

[٣] - يعني ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قضى بالدية على العاقلة في ثلاث سنين، والمروي عنه كالمروي عن رسول الله -ﷺ-، لأنه مما لا يعرف بالرأي (العناية مع تكملة فتح القدير ٢٣١/١٠، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان).

[٤] - إنما انحصر الخطأ في نوعين: لأن الرمي إلى شيء مثلاً مشتمل على فعل القلب وهو القصد أو الجارحة وهو الرمي فإن اتصل الخطأ بالأول فهو الأول، وإن اتصل بالثاني فهو الثاني (العناية مع تكملة فتح القدير ٢٣١/١٠، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان).

وخطأ في الفعل: وهو أن يرمي إلى غرض قاصدا ولكن السهم أخطأ، فأصاب إلى محل آخر.

٦٠٤- وموجبه: الكفارة والدية على العاقلة، لقوله تعالى: ﴿فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾[١] ولا مأثم فيه، أي لا إثم القتل، أما في نفسه فلا يعرى عن الإثم لترك التحرز والعزيمة، وشرع الكفارة فيه يؤذن هذا المعنى، ولهذا يحرم عن الميراث لوجود الإثم فى الجملة.

٦٠٥- وموجب القتل بالسبب:[٢] الدية على[٣] العاقلة فأقيم سبب شرط التلف مقام صاحب العلة، ولا كفارة فيه؛ لأن الكفارة جزاء مباشرة القتل ولم يباشر[٤] القتل، فلا يكون عليه جزاء القتل، ولا يتعلق به حرمان الميراث عندنا لعدم إثم القتل[٥].

---

[١] - النساء: ٩٢.

[٢] - أما القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه كما في الهداية.

[٣] - "على" ساقط في النسخ الثلاث.

[٤] - وفي (م): "تباشر".

[٥] - الأصل أن كل قتل يتعلق به القصاص أو الكفارة فإنه يمنع من الميراث وما لا فلا (الجوهرة النيرة ٢٠٦/٢ مكتبة حقانية، ملتان - باكستان) ولم يذكر المصنف حكم ما أجرى مجرى الخطأ، لأن حكمه حكم الخطأ وهو أن ينقلب النائم على رجل فيقتله (ر: الهداية مع التكملة ٢٣٣/١٠، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان).

# فصل فيما يوجب القصاص وفيما لا يوجب القصاص

٦٠٦- القصاص واجب بقتل كل محقون[1] الدم على التأبيد إذا قتله عمداً، أما العمدية فلما بيناه[2]، وأما حقن[3] الدم على التأبيد فلتنتفي عنه شبهة الإباحة وتتحقق المساواة حتى يخرج المستأمن منه[4].

٦٠٧- ويقتل الحر بالحر والحر بالعبد للعمومات المقتضية؛ ولأن القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين أو بالدار وهما يستويان فيهما، وقال الشافعي رحمه الله: لا يقتل الحر بالعبد، لقوله تعالى: ﴿الحر بالحر والعبد بالعبد﴾[5]. ومن ضرورة هذه المقابلة تنتفي المساواة بين الحر والعبد[6]، ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرف العبد،

---

[1] - وفي (ن،ع): "محقوق" وهو خطأ.

[2] - أي قوله عليه الصلاة والسلام: "العمد قود" ومن أن الجناية بها تتكامل (كذا في تكملة فتح القدير ٢٣٤/١٠، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان).

[3] - وفي (ن،ع): "حق" وهو خطأ.

[4] - أي قوله: "على التأبيد" احتراز عن المستأمن فإن في دمه شبهة الإباحة بالعود إلى دار الحرب المزيلة للمساواة المنبئ عنها القصاص كما في العناية مع تكملة فتح القدير ٢٣٤/١٠ باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.

[5] - البقرة: ١٧٨.

[6] - وفي الهداية: ومن ضرورة هذه المقابلة أن لا يقتل حر بعبد، ولأن مبنى القصاص على المساواة وهي منتفية بين المالك والمملوك.

بخلاف العبد بالعبد؛ لأنهما مستويان في إزهاق الروح[1]، وبخلاف العبد بالحر؛ لأن فيه نقصانا والناقص يستوفى بالكامل، كما إذا قطعت امرأة يد رجل فهو بالخيار بين القطع وبين أخذ الأرش، وكما إذا كانت يد المقطوعة صحيحة ويد القاطع شلاّء، أو ناقصة الأصابع، بخلاف ما إذا قطع رجل يد امرأة عمداً لا يجب القصاص بل تجب الدية، لأن الكامل لا يستوفى بالناقص.

٦٠٨- ويقتل المسلم بالذمي لتحقق المساواة في العصمة، ولأن عقد الذمة خلف عن الإسلام في حق الدم، فكان في معنى الإسلام، وقال الشافعي رحمه الله: لا يقتل، لقوله عليه السلام: "لا يقتل مؤمن بكافر"[2]، ولأنه[3] لا مساواة بينهما وقت الجناية؛ لأن عصمة الذمي والعبد دون عصمة المسلم والحر[4]، ولأن الكفر مبيح للقتل فيورث الشبهة في عصمته، وكذلك الرق أثر الكفر، ولهذا لا يقتل المولى بعبده.

٦٠٩- ولا يقتل المسلم بالمستأمن؛ لأنه غير محقون الدم[5] على التأبيد.

---

[1] - وفي (ن،ع): الزوج"، وهو خطأ.

[2] - حديث: "لا يقتل مؤمن بكافر" أخرجه البخاري في كتاب العلم، وفي الديات عن أبي جحيفة قال: سألت علياً هل عندكم شيء ليس في القرآن؟ فقال: العقل وفكاك الأسير وأن لا يقتل مسلم بكافر.

[3] - "ولأنه" ساقط في (ن،ع).

[4] - في النسخ الثلاث: "الحربي"، والصحيح ما كتبناه.

[5] - "الدم" ساقط في (ن،ع).

٦١٠- ويقتل الرجل بالمرأة، والكبير بالصغير، ولكن لا يقتل الصغير بالكبير[١]؛ لأن عمده خطأ عندنا[٢]، ويقتل الصحيح بالأعمى والزمن وبناقص الأطراف لعمومات المقتضية[٣]، واعتبار التفاوت[٤] فيما وراء العصمة ممتنع.

٦١١- ولا يقتل الرجل بابنه لما مر، وقال مالك رحمه الله: إذا ذبحه ذبحاً يقتص به، والجد من قبل الأب، أو الأم بمنزلة الأب، وكذا الوالدة والجدة من قبل الأب أو الأم.

٦١٢- ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط.

٦١٣- ولا يقتل المولى بعبده ولا بعبد ولده[٥]، ولا بعبد ملك بعضه[٦]، ولا بمدبره ولا بمكاتبه؛ لأن القصاص لا يستوجب لنفسه على نفسه.

٦١٤- ومن ورث قصاصا على أبيه سقط لحرمة[٧] الأبوة[٨].

---

[١] - "بالكبير" ساقط في (ن،ع).

[٢] - إضافة على حاشية (م)، وساقط في (ن،ع).

[٣] - يعني الآيات الدالة بعمومها على وجوب القصاص.

[٤] - وفي النسخ الثلاث: "التفا"، والصحيح ما كتبناه كما في الهداية: ولأن في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص وظهور التقاتل والتفاني (٥٦٣/٤).

[٥] - "ولا بعبد ولده" ساقط في (ن،ع).

[٦] - وفي (ن،ع): "ولا بعد ملكه بعضه".

[٧] - وفي (ن،ع): "حرمة" بدون "ل".

[٨] - صورة المسألة: إذا قتل الأب أب امرأته مثلاً، ولا وارث له غيرها ثم ماتت، فإن ابنها منه يرث القود الواجب على أبيه، فسقط لحرمة الأبوة (الدر المختار على هامش رد المحتار ٣٨١/٥).

٦١٥- والعبد المرهون إذا قتل لا يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن.

٦١٦- وإذا كان للمقتول أولياء صغار وكبار فللكبار أن يقتصوا عند أبي حنيفة رحمه الله[1].

٦١٧- ولا يستوفى القصاص إلا بالسيف، وقال الشافعي رحمه الله: يفعل به[2] مثل ما فعل إن كان فعلا مشروعا، فإن مات وإلا تحز رقبته[3].

٦١٨- ومن ضرب رجلا بمر [فقتله][4]، فإن أصابه الحديد فجرحه ومات، يجب القصاص، وإن أصابه العود ومات، فعليه الدية[5] عندهما، وهو القتل بالمثقل[6]، وفيه خلاف أبي حنيفة رحمه الله[7]، وفي سوط

---

[1] - وقالا: ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار كما في الهداية مع التكملة ٢٤٧/١٠ دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.

[2] - "به" ساقط في (م).

[3] - أي إن كان قتل بفعل مشروع مثل أن قطع يد رجل فمات منه فعل به مثل ذلك، ويمهل مثل تلك المدة فإن مات وإلا تحرز رقبته، وإن كان بغير مشروع كأن سقاه الخمر حتى قتله أولاط بصغير فقتله يقتل بالسيف (العناية مع تكملة فتح القدير ٢٤٢/١٠، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان).

[4] - ما بين القوسين زدناه من الهداية.

[5] - وزاد في (ن،ع): "وكذا لو بظهر الحديد فعليه الدية".

[6] - وفي (ن،ع): "بالقتل" وهو خطأ.

[7] - وفيه تسامح وإليك ما في الهداية وتكملة شرح فتح القدير: "وأما إذا ضربه بالعود فإنما تجب الدية... ثم قيل: هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلاً

الصغير بالموالاة إلى أن يموت خلاف الشافعي رحمه الله.

٦١٩- ومن غرق صبيا في البحر أو ألقى في البحر فلا قصاص عليه عند أبي حنيفة رحمه الله، وعند الشافعي رحمه الله يغرق تغريقا للحديث[١].

٦٢٠- صبي وقع في الماء أو سقط من السطح، إن كان لا يعقل فعلى أبويه التوبة والاستغفار والكفارة.

٦٢١- امرأة خرجت من منزلها وتركت صبيا في المهد، وسقط المهد ومات الصبي فلا شيء عليها إلا التوبة.

٦٢٢- امرأة تركت الولد على أبيه ولم يأخذ ثدي غيرها ومات فعليها الإثم والكفارة.

٦٢٣- ومن جرح رجلا فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه

---

بالمثقل وفيه خلاف أبي حنيفة رحمه الله، وقيل: هو بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعي رحمه الله" وقال قاضي زاده في التكملة: قوله: فيه خلاف أبي حنيفة، أقول كان حق التحرير هنا أن يقول: وفيه خلاف أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، لأن الحكم المذكور فيما سبق في أصل المسألة وجوب الدية عند الإصابة بالعود لا وجوب القود عند ذلك، وخلاف أبي حنيفة في وجوب القود في القتل بالمثقل لا في وجوب الدية فيه، فإن وجوبها فيه عين مذهب أبي حنيفة، وإنما الخلاف فيه لأبي يوسف ومحمد (الهداية مع شرح تكملة فتح القدير ٢٤٩/١٠، ٢٥١، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان).

[١] - رواه البيهقي عن النبي -ﷺ- أنه قال: "من عرض عرضنا له، ومن حرق حرقناه ومن غرق غرقناه" (انظر تلخيص الحبير ١٩/٤).

القصاص لوجود السبب المفضي إلى القتل، وعدم[1] ما يبطله وهو البرء.

٦٢٤- ومن شهر على المسلمين سيفا فعليهم أن يقتلوه للحديث[2]، ولأنه باغ سقط عصمته ببغيه.

٦٢٥- وفي الجامع الصغير[3]: ومن شهر على رجل سلاحاً نهاراً أو ليلاً أو عصاً ليلاً[4] في مصر أو نهاراً في غير مصر، فقتله المشهور عليه لاشيء عليه؛ لأن السلاح[5] لا يلبث، فيحتاج إلى دفعه بالقتل، والعصا الصغيرة، وإن كان يلبث ولكن لا يلحقه الغوث في الليل فيضطر إلى دفعه بالقتل، وكذا النهار في غير المصر.

٦٢٦- وإن شهر المجنون على غيره سلاحاً فقتله المشهور عليه،

---

[1] - وفي (ن،ع): "عد"، وهو خطأ.

[2] - أي ما رواه النسائي في سننه في تحريم الدم قال رسول الله -ﷺ-: "من شهر سيفه ثم وضعه فدمه هدر" (وانظر للتفصيل نصب الراية ١٠٤/٥، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان).

[3] - وفي الجامع الصغير: رجل شهر سيفاً على المسلمين فلهم أن يقتلوه، ولا شيء عليهم. رجل دخل على رجل ليلاً فأخرج السرقة ليلاً، فأتبعه الرجل فقتله، فلا شيء عليه. رجل شهر على رجل سلاحاً فضربه، فقتله الآخر بعد ذلك فعلى القاتل القصاص (الجامع الصغير ص: ٥١٣، باب في الرجل شهر سلاحاً واللص يدخل داراً، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية كراتشي - باكستان).

[4] - "ليلاً" ساقط في (م).

[5] - وفي النسخ الثلاث: "السالح"، والصحيح ما كتبناه، كما في الهداية (الهداية مع الفتح ٢٣٢/١٠).

فعليه الدية في ماله لعدم اختياره الصحيح، وفيه خلاف الشافعي رحمه الله[1]. وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة، وعن أبي يوسف رحمه الله: لا يجب في الصبي شيء، ويجب في الدابة الضمان، كمن أكل طعام غيره حالة المخمصة.

٦٢٧- ومن اتبع السارق ليلا فقتله فلا شيء عليه، لقوله عليه السلام: "قاتل دون مالك"[2].

---

[1] - عنده لا ضمان في الكل لأنه لدفع الشر (الدر المختار على هامش رد المحتار ٣٨٨/٥).

[2] - أخرج مسلم في كتاب الإيمان عن أبي هريرة رضي الله عنه بلفظ: جاء رجل إلى النبي -ﷺ- فقال: يا رسول الله! أرأيت إن جاء رجل يريد أن يأخذ مالي؟ قال: فلا تعطه مالك، قال: أرأيت إن قاتلني؟ قال: قاتله، قال: أرأيت إن قتلني؟ قال: فأنت شهيد قال: أرأيت إن قتلته؟ قال: هو في النار.

## فصل فيما يوجب القصاص فيما دون النفس

٦٢٨- فكل موضع يمكن المماثلة فيه يجب القصاص وإلا فلا، كالقطع من المفصل في الأطراف، لقوله تعالى: ﴿والجروح قصاص﴾[1] ولا معتبر بكبر اليد وصغرها.

٦٢٩- ولا تقطع اليمين باليسرى واليسرى باليمين[2]، ولا يد المرأة بيد الرجل، ولا[3] الإبهام بغيرها من الأصابع لعدم المماثلة.

٦٣٠- وإن كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء أو ناقصة الأصابع فالمقطوع بالخيار، إن شاء قطع اليد المعيبة[4] ولا شيء له غيرها، وإن شاء أخذ الأرش كاملا [لأن استيفاء الحق كملاً][5] متعذر، فله أن يعدل إلى المثل حكما وهو الأرش.

٦٣١- وإن قطعت اليد المعيبة ظلما أو سقطت قبل اختيار المجني عليه سقط حقه، فلا شيء له عليه؛ لأن حقه متعين فيه، وإنما ينتقل إلى المال باختياره عند بقائها[6].

---

[1] - المائدة: ٤٥.

[2] - وفي (م): "باليمنى".

[3] - "لا" ساقط في (ن،ع).

[4] - وفي (م): "المعينة".

[5] - ما بين القوسين ساقط في النسخ الثلاث، وأثبتناه من الهداية (الهداية مع تكملة فتح القدير ٣٣٧/١٠).

[6] - أي ينقل حقه إلى المال إن اختار أخذ الأرش والمال مع كون اليد المعيبة

٦٣٢- ولا قصاص في العظم إلا في السن للحديث[١]، ولتعذر المماثلة، وفي السن يبرد بالمبرد[٢]. وفي الأطراف لا يختلف الحكم

---

باقياً وقت الاختيار ولم يوجد لأن اليد المعيبة قد قطعت ظلماً أو سقطت قبل الاختيار، فيسقط حقه بفواتها، وإن قطعت يحق عليه فيجب المال أي الارش لكونها باقية وسالمة معنى وحكماً".

١ - أشار إلى حديث: "لا قصاص في العظم" قال الزيلعي: غريب (ر:نصب الراية ٣٥٠/٤)، ونقل الشيخ غالب المهدي عن ابن حجر أنه قال: لم أجده، وأخرج ابن أبي شيبة بإسناد ضعيف منقطع عن عمر رضي الله عنه قال: إنا لا نقيد في العظام، وبإسناد ضعيف عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: ليس في العظام قصاص، وفي هذا الباب أثر عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما "ولا قصاص في عظم إلا في السن" قال الزيلعي: غريب، ورواه ابن أبي شيبة بسنده عن الشعبي والحسن قالا: ليس في العظام قصاص ما خلا السن والرأس، (ر: نصب الراية للزيلعي ٣٥٠/٤، وتخريج الشيخ عبد الرزاق غالب المهدي على هامش فتح القدير ٢٥٧/١٠، ط: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان).

٢ - ولو قلع من أصله يقلع الثاني فتتحقق المماثلة ويمكن القصاص، ثم إن التحقيق هاهنا هو أنه إذا قلع سن غيره هل يقلع سنه قصاصاً أم يبرد بالمبرد إلى أن ينتهي إلى اللحم، فيه روايتان ... إن كانت الجناية بكسر بعض السن يؤخذ من سن الكاسر بالمبرد مقدار ما كسر من سن الآخر وهذا بالاتفاق، وإن كانت الجناية بقلع سن ذكر القدوري: أنه لا يقلع سن القالع، ولكن يبرد سن القالع بالمبرد إلى أن ينتهي إلى اللحم ويسقط الباقي (تكملة شرح فتح القدير ٢٥٦/١٠ باب القصاص في ما دون النفس، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان).

باختلاف الآلة لأنه محسوس، بخلاف إزهاق الروح، وفي السن الصغير يؤجل سنة.

٦٣٣- ولو ضرب سن رجل فحركه، فإنه ينظر حتى يبرأ أو يسقط[١].

٦٣٤- ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس، ولا بين الحر والعبد، ولا بين العبدين في الأطراف عندنا خلافا للشافعي؛ لأن الأطراف يسلك فيها مسلك الأموال فتتعذر المماثلة بينهما في القصاص ويجب الأرش.

٦٣٥- ويجب القصاص بين المسلم والكافر في الأطراف لتساويهما في الأرش[٢] عندنا.

٦٣٦- وإذا اصطلح القاتل وأولياء المقتول على مال سقط القصاص ووجب المال قليلا كان أو كثيرا، لقوله تعالى: ﴿فمن عفي له من أخيه شيء﴾[٣]، نزلت الآية في الصلح.

والصلح عن القصاص[٤] على أكثر من الدية يجوز، وفي قتل الخطأ لا يجوز على أكثر منها، كما مر في الصلح.

٦٣٧- وإذا قتل جماعة واحداً اقتص من جميعهم لقول عمر

---

[١] - وفي (م): "حتى برأ أوسقط".

[٢] - وفي (ن،ع): "الأرض"، وهو خطأ.

[٣] - البقرة: ١٧٨.

[٤] - وفي (ن،ع) غير واضح.

رضي الله عنه: "لو اجتمع أهل صنعاء[1] على قتل رجل لقتلتهم"[2].

٦٣٨- وإذا قتل واحد جماعة فحضر أولياء المقتولين قتل بجماعتهم، ولا شيء لهم غير ذلك[3]، وقال الشافعي رحمه الله: يقتل بنفس واحد منهم، ويجب لكل واحد من الباقين الدية، وهذا على أن الواجب عنده[4] أحد الشيئين: إما القصاص أو الدية، فلما فات المحل بالقصاص متعينا والدية خلف عنه، ولا معتبر للخلف عند وجود الأصل.

٦٣٩- فإن حضر واحد منهم فقتله سقط حق الباقين، وقال الشافعي رحمه الله: يقتل بالأول منهم ويجب للباقين المال.

٦٤٠- ولا قطع في اللسان، ولا في الذكر لعدم المساواة، لأنه ينبسط وينقبض، وعند أبي يوسف رحمه الله أنه إذا قطع من الأصل يجب القصاص[5]، وكذا لو قطع في الحشفة، وفي الأذن يجب القصاص في بعضها أيضا.

٦٤١- ومن وجب عليه القصاص فمات سقط القصاص لفوات

---

[1] - ساقط في (ن،ع).

[2] - أخرج مالك في الموطأ عن سعيد بن المسيب أن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه قتل نفراً خمسة أو سبعة برجل واحد قتلوه قتل غيلة وقال عمر: لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً (الموطأ ٨٧١/٢، كتاب العقول، باب ما جاء في الغيلة والسحر).

[3] - "ذلك" ساقط في (ن،ع).

[4] - وفي (م): عند" بدون "ه".

[5] - هو قول الإمام أيضاً، (انظر: الدر المختار على هامش رد المحتار ٣٩٤/٥).

محل الاستيفاء فأشبه موت العبد الجاني.

٦٤٢- وإذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص عليهما عندنا، وعليهما نصف الدية يقتسمانه[1] نصفين، سواء قطعهما معا أو على التعاقب عندنا، وقال الشافعي رحمه الله: في التعاقب يقطع بالأول وفي القران يقرع بينهما.

٦٤٣- وإذا قطع واحد يميني رجلين فحضرا، فلهما أن يقطعا يده، ويأخذا منه نصف الدية يقتسمانه نصفين، ولو قطع يمين رجل ويسار آخر قطعت يمينه و يساره، ولو قطع يد رجل من المفصل ويد آخر من المرفق فصاحب يد المقطوع من الزند يقطع[2] يده من الزند، وصاحب المرفق مخير[3] بين قطع الباقي و أخذ الأرش.

٦٤٤- وإذا أقر العبد بقتل العمد[4] لزمه القود؛ لأنه غيرمتهم فيه، وقال زفر رحمه الله: لا يلزمه إقراره؛ لأن مالية نفسه حق المولى، فلا ينفذ في حقه.

٦٤٥- ولا يقبل إقرار الصبي بالجناية وتقبل البينة على جنايته.

٦٤٦- ومن قطع يد رجل خطأً، ثم قتله [عمداً[5]] قبل البرأ فعليه

---

[1] - وفي (ن،ع): "يقسمانه".

[2] - وفي (م): "تقطع".

[3] - وفي (ن،ع): "يخير".

[4] - إنما قيد بالعمد، لأنه لو أقر بالخطأ لا يجوز، سواء كان مأذوناً أو محجــوراً، (العناية مع تكملة فتح القدير ١٠/٢٧١، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان).

[5] - ما بين القوسين زدناه تصحيحاً للمتن.

الأرش والقصاص، وكذا لو[1] قطع يده عمداً، ثم قتله خطأ قبل البرأ يؤخذ بالأمرين، وإن كان الفعلان خطأً ففيه دية واحدة، وإن كان الفعلان عمداً فالإمام بالخيار إن شاء قطعه ثم قتله عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: يقتل ولا يقطع، ولو تخلل بينهما برء يؤخذ بالأمرين[2] بالاتفاق[3].

٦٤٧- ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع، ثم مات من ذلك فعليه الدية في ماله، وإن عفا عن القطع وما يحدث منه ثم مات فهو عفو عن النفس عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما العفو عن القطع عفو عن النفس أيضا[4].

٦٤٨- ومن قطع يد رجل عمداً فاقتص يد القاطع ثم مات المقطوع يده أولا لزمه القصاص؛ لأنه تبين أن الجناية موجبة للقود، واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه

---

[1] - "لو" ساقط في (م).

[2] - وفي (م): "بالأثرين" خطأ.

[3] - سواء قطعهما معاً، أو على التعاقب عندنا، وقال الشافعي رحمه الله: في التعاقب يقطع بالأول وفي القران يقرع بينهما، (انظر: الهداية على هامش تكملة فتح القدير ٢٤٦/١٠).

[4] - العفو عن القطع والشجة والجراحة ليس بعفو عما يحدث منه عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما فإذا وقع شيء من ذلك وعفا المجني عليه عنه ثم سرى ومات فعلى الجاني الدية في ماله عنده، وقالا: لا شيء عليه، لأن العفو عن القطع عفو عن موجبه (العناية مع تكملة فتح القدير ٢٧٥/١٠، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان).

سقط عنه القصاص؛ لأنه لما أقدم[1] على القطع فقد أبرأه عن ما وراءه.

٦٤٩- ومن له قصاص في الطرف إذا استوفاه ثم سرى إلى النفس ومات الثاني[2] يضمن دية النفس عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن حقه كان في القطع، وهذا قياس، وفي الاستحسان يجب القصاص، وعندهما لا شيء فيه؛ لأن الاحتراز عنه غير ممكن.

---

[1] - في النسخ الثلاث: "قدم"، والصحيح ما كتبناه.

[2] - أي مات المقتص منه فعلى المقتص له دية النفس عند الإمام خلافاً لهما وقال في الدر المختار: ولو مات المقتص منه فديته على عاقلة المقتص له خلافاً لهما قلت: هذا إذا استوفاه بنفسه بلا حكم الحاكم (الدر المختار على هامش رد المحتار ٤٠٠/٥، فصل في الفعلين).

## فصل فيما يحدث في الطريق

٦٥٠- ومن أخرج إلى الطريق الأعظم كنيفا أو ميزابا أو ظلة أو بنى دكانا فلكل واحد من الناس حق النقض كالملك المشترك[١]؛ لأن لهم حق المرور، ولو كان في سكة غير نافذة، فحق النقض لهم خاصة.

٦٥١- ثم لو باع الدار بعد هذا لم يبرأ عن الضمان، حتى لو تلف به شيء يضمن البائع؛ لأنه تلف بفعله، وكذا لو وضع خشبة ثم باعها.

٦٥٢- ولا يجوز لأحد أن يتد وتداً في حائط آخر، أو وضع خشبة عليه بغير إذنه سواء أضر به أو لم يضر.

٦٥٣- سكة نافذة فيها زقاق غير نافذ، ليس لأهل السكة أن يفتحوا بابا في الزقاق؛ لأنه ليس لهم حق المرور فيه، إذ المرور لأهله خاصة، وقيل: المنع من المرور لا من الفتح، والأصح هو الأول؛ لأنه كم[٢] من واقع لا يندفع بعد وقوعه.

٦٥٤- ولو وضع في الطريق جمراً فأحرق شيئا يضمنه؛ لأنه متعد فيه، ولو حركته الريح إلى موضع آخر فأحرق شيئا لم يضمنه؛ لأنه غيرمتعد فيه، هذا إذا لم يكن ريحا، وإن كان ريحاً[٣] يضمنه؛ لأنه

---

[١] - هذا إذا بنى لنفسه بغير إذن الإمام ... وإن بنى للمسلمين كمسجد ونحـــوه، أو بنى بإذن الإمام لا ينقض (الدر المختار على هامش الرد ٥/٤٢٠).

[٢] - وفي (م): "لم"، وفي (ن،ع) غير واضح.

[٣] - "وإن كان ريحاً" ساقط في (م).

وضعه مع علمه بعاقبته، وكذا لو أحرق أرضه[1] ثم تعدى إلى أرض جاره إن لم يكن ريحا لم يضمن، وإن كان ريحا يضمن.

٦٥٥- ولو صب ماء في الطريق أو توضأ فيه أو وضع خشبة، فعطب به إنسان أو دابة يضمن؛ لأنه متعد فيه، وكذا لو رشّ ماء فيه غير[2] معتاد، بخلاف ما إذا فعل ذلك في سكة وهي غير نافذة[3] لم يضمن لضرورة السكنى كما في الدار المشتركة، وإنما يضمن في الصب والرش إذا لم يبق[4] موضع المرور، أما إذا بقي موضع المرور[5]، والمار تعمد المرور عليه مع علمه ذلك لم يضمن الراش، وكذا لو رش في فناء داره أو حفرفيه حفرة؛ لأن الفناء[6] في تصرفه.

٦٥٦- ولو رش آخر[7] في فناء حانوته بإذنه فالضمان على الذي أذن له استحساناً، وكذا لو[8] استأجر رجلاً ليبني له في فناء حانوته،

---

[1] - وفي (ن،ع): "أرضاً".

[2] - أي رش ماء كثيرا بحيث يزلق به عادة، أما إذا رش ماء قليلاً كما هو المعتاد، والظاهر أنه لا يزلق به عادة، لا يضمن، كما في الهداية مع التكملة ٣٣٧/١٠ باب ما يحدث الرجل في الطريق، دار الكتب العلمية.

[3] - وهو من أهلها، لأن لكل واحد أن يفعل ذلك فيها، لكونه من ضرورات السكنى انظر: المصدر السابق.

[4] - وفي (م): "تبق".

[5] - "أما إذا بقي موضع المرور" ساقط في (م).

[6] - وفي (ن،ع): "المعتاد" مكان "الفناء".

[7] - وفي (ن،ع): "أحد".

[8] - وفي (م): "إذا".

فتعلق به إنسان قيل: إن كان قبل فراغه من العمل فالضمان على الأجير؛ لأن التلف حصل بفعله، وإن كان بعد فراغه من العمل فالضمان على الآمر استحساناً؛ لأنه صح الاستيجار فانتقل فعله إلى الآمر، وإن كان في غير فنائه إن لم يعلم الأجير أنه غير فنائه فعلى الآمر أيضا، وإن علمه فعلى الأجير، كما لو أمره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الأجير لفساد الأمر.

٦٥٧- ومن حفر بئراً في طريق المسلمين أو وضع حجرا فتلف به إنسان فديته على عاقلته، وإن تلفت به بهيمة فضمانها في ماله؛ لأن العاقلة يتحملون النفس دون المال، ولو حفر في سكة غير نافذة يضمن أيضا، لأنه متعد فيه.

٦٥٨- ولو مات الواقع في البئر في الطريق جوعا أو غما لا يضمن الحافر عند أبي حنيفة رحمه الله[١]، وقال أبو يوسف رحمه الله: في الجوع كذلك، وفي الغم يضمن[٢]، وإذا حبس رجل رجلا فمات بالجوع تجب الدية على عاقلته.

---

١ - لأبي حنيفة أنه مات لمعنى في نفسه فلا يضاف إلى الحفر، والضمان إنما يجب إذا مات من الوقوع، وقال أبويوسف: إن مات غما فالحافر ضامن، لأنه لا سبب للغم سوى الوقوع، أما الجوع فلا يختص بالبئر، وقال محمد: هو ضامن في الوجوه كلها، لأنه إنما حدث بسبب الوقوع (الهداية مع التكملة ٣٤١/١٠، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان).

٢ - والفتوى على قول أبي حنيفة رحمه الله (انظر: الدر المختار على هامش رد المحتار ٤٢١/٥).

٦٥٩- وإلقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة وضع الحجر والخشبة فيه، بخلاف ما لو كنس الطريق فعطب بموضع كنسه شيء حيث لا يضمن؛ لأنه دفع الأذى عن الطريق[١]، حتى لو جمع الكناسة في الطريق وتعقل بها إنسان يضمن.

٦٦٠- ولو وضع حجراً فنحاه آخر عن موضعه فعطب به إنسان فالضمان على الذي نحاه؛ لأن حكم فعل الأول انتسخ بالثاني.

٦٦١- وإن حفر بالوعة في الطريق إن أمره السلطان لا يضمن؛ لأنه غير متعد[٢] [وإن فعله بغير أمره يضمن لأنه متعد][٣].

٦٦٢- وإن وقع حريق في محله فهدم رجل دار غيره بأمر السلطان لا[٤] يضمن قيمتها[٥].

٦٦٣- ومن جعل قنطرة بغير إذن الإمام فمر عليها رجل فعطب

---

١ - "عن الطريق" ساقط في (ن،ع).

٢ - قال الشامي: وكذا كل ما فعل في طريق العامة من إخراج الكنيف والميزاب، وبناء الدكان، وحفر البئر، وبناء الظلة، وغرس الشجر، ورمي الثلج، والجلوس للبيع، إن فعله بأمر من له ولاية الأمر لم يضمن وإلا ضمن (رد المحتار ٤٢٣/٥).

٣ - ما بين المعقوفتين ساقط في (م)

٤ - "لا" ساقط في (ن،ع).

٥ - وقال في السراجية: حريق وقع في محله فهدم رجل دار غيره بغير أمر صاحبه أو بغير أمر السلطان حتى تنقطع عن داره ضمن ولم يأثم (الفتاوى السراجية: ١٤٣).

فلا ضمان عليه؛ لأن الأول مسبب والثاني مباشر، وإن تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة[1] إليه كما في الحافر مع الدافع.

٦٦٤- وإن طرح في النهر تراب أوغيره فامتلأ وانبثق[2] النهر، وغرق شيئًا يضمن الذي طرحه، وكذا إذا أجرى الماء في النهر، والنهر لا يطيقه وتعدى إلى دار أو إلى زرع فخرب يضمن، ولو دخل الماء في الدار من ثقب خفي لا ضمان على صاحب النهر، ولو سقى أرضه فانبثقت[3] فتجاوز إلى أرض جاره فأفسد الزرع يضمن.

٦٦٥- أهل المسجد إذا علق قنديلا في المسجد فعطب به انسان لا يضمن، وإن علق من غيرأهله يضمن عند أبي حنيفة رحمه الله[4].

٦٦٦- ولو قعد في المسجد فتعقل به إنسان لم يضمن إن كان مصليا عند أبي حنيفة رحمه الله[5].

---

[1] - وفي (ن،ع): "يقطع البينة" وهو خطأ.

[2] - وفي النسخ الثلاث غير واضح.

[3] - وفي (ن،ع): "فانتشقت"، وفي (م) غير واضح.

[4] - عندهما لم يضمن سواء كان العالق من أهله أو غير أهله، وعليه الفتوى، (حاشية جلبي على هامش تكملة فتح القدير ٣١٨/١٠).

[5] - وفي العناية: إن جلس في المسجد رجل من العشيرة فعطب به رجل فإما إن كان في الصلاة أو لم يكن فيها، فإن كان في الصلاة فلا ضمان عليه سواء كانت الصلاة فرضاً أو نفلاً، وإن لم يكن فيها بل كان قاعداً لغيرها ضمن عند أبي حنيفة، وقالا: لا يضمن على كل حال (العناية مع التكملة ٣٤٦/١٠، كتاب الديات، باب ما يحدث في الطريق) والفتوى على قولهما (انظر رد المحتار ٤٢٢/٥).

## فصل في الحائط المائل

٦٦٧- الحائط[١] إذا مال في الطريق فطولب صاحبه بنقضه وأشهد على النقض، وتفسير الإشهاد أن يقول لصاحب الحائط: أن حائطك مائل فانقضه. وذكر في المسبوط أن المطالبة فيه شرط دون الإشهاد، وإنما يعتمد الإشهاد عند إنكاره، فإذا طولب[٢] وأشهد فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به استحساناً[٣]؛ لأنه شغل هواء الطريق ونقضه في يده، ودفع الضرر من الواجب.

٦٦٨- ويصح أن يتقدم إلى واحد من الناس، رجلا كان أو امرأة، ممن يتمكن على نقضه، ومن لا يتمكن عليه[٤] كالمرتهن والمستأجر لا يصح التقدم إليه؛ لأنه لا يتمكن نقض حائط الغير[٥].

---

[١] - ساقط في (ن،ع).

[٢] - وفي (ن،ع): "طالب".

[٣] - ثم ما تلف به النفوس فعلى عاقلة رب الحائط، ومن الأموال فعليه، لأن العاقلة لا تعقل المال، ولا ضمان إلا بالإشهاد على ثلاثة أشياء، على التقدم إليه، وعلى الهلاك بالسقوط عليه، وعلى كون الجدار ملكاً له من وقت الإشهاد إلى السقوط (الدر المختار على هامش رد المحتار ٤٢٥/٥).

[٤] - وفي (م): "وممن لا يتمكن".

[٥] - ويشترط أن يكون التقدم من صاحب حق كواحد من العامة مسلماً كان أو ذمياً أو صبياً أو امرأة إن مال إلى طريقهم، وواحد من أصحاب السكة الخاصة إن مال إليها، وصاحب الدار أو سكانها إن مال إليها، وأن يكون إلى

٦٦٩- ولو بنى حائطا مائلا فالضمان عليه ما تلف بسقوطه من غير إشهاد، كما لو أشرع جناحاً، وتقبل فيه شهادة رجل وامرأتين[١].

٦٧٠- وإذا مال إلى دار[٢] رجل فالمطالبة إلى المالك خاصة، ولو باع الدار بعد الإشهاد وسلمه[٣] برئ[٤] من الضمان؛ لأن الجناية تتحقق بترك الهدم مع تمكنه، ولم يبق التمكن به بخلاف ما لو أشرع[٥] جناحا ثم باع الدار فلا يبرأ عن الضمان بالبيع، ولا ضمان على المشتري؛ لأنه ما تعدى ولم يشهد عليه[٦].

٦٧١- سكة نافذة في وسطها مزبلة يتأذى الناس بها كان لهم أن يمنعوا من ذلك.

٦٧٢- رجل هدم داره ولم يبن[٧]، والناس يتضررون به، قيل:

---

من له ولاية التفريغ حتى لو تقدم إلى من يسكن الدار بإجارة أو إعـارة فلـم ينقض حتى سقط على إنسان فلا ضمان على أحد (العناية مـع تكملـة فـتح القدير ٣٤٩/١٠، كتاب الديات، فصل في الحائط المائل، دار الكتب العلمية).

[١] - أي على التقدم كما في الهداية.

[٢] - وفي (ن،ع): "الدار".

[٣] - "سلمه" ساقط في (ن).

[٤] - زاد في (ع) بعد "برئ": "الإشهاد"، وهو خطأ.

[٥] - وفي (ن،ع): "شرع".

[٦] - ولو أشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعد ما طولب به، كما في الهداية فصل في الحائط المائل.

[٧] - "ولم يبن" ساقط في (ن،ع).

يجبر على بنائه إذا كان قادرا عليه، والصحيح أنه لا يجبر عليه.

٦٧٣- أحد الجارين إذا اتخذ أصطبلا في داره إذا كان وجه الدواب إلى دار جاره لا يمنع، وإن كان حوافرها إليه يمنع.

# فصل

٦٧٤- رجل جلس على ثوب رجل وهو لا يعلم فقام صاحب الثوب فانشق ثوبه، ضمن نصف الشق استحسانا.

٦٧٥- رجل له غريم في يده فانتزعه آخر من يده وخلصه لا يضمن شيئا؛ لأنه لم يتلف مالا، ولكن يعزر؛ لأنه جنى عليه.

٦٧٦- رجل حل القيد عن العبد فأبق لا[١] يضمن مع أن الحل سبب الإباق، إلا أن الإباق مضاف إلى مشي العبد باختياره وذلك علة، وكذا إذا فتح الأصطبل حتى مشى الدابة، أو فتح باب القفص حتى طار الطير لا ضمان عليه عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله، وهذا إذا[٢] طار في الحال، أما إذا مكث ساعة[٣] ثم طار لم يضمن بالإجماع؛ لأن الطيران حصل[٤] من الطير بآلة صالحة وبقوة حادثة وهي طبعه، وعند محمد رحمه الله يضمن؛ لأنه لاعبرة لاختيار الحيوان فأضيف الحكم إلى السبب، كما لو حفر بئرا على الطريق فوقع فيها إنسان.

٦٧٧- ولو فتح فم[٥] الزق، إن كان السمن ذائبا فسال يضمن، وإن

---

[١] - "لا" ساقط في (ن).

[٢] - "إذا" ساقط في (ن،ع).

[٣] - "ساعة" ساقط في (ن،ع).

[٤] - وفي (م): "إن حصل".

[٥] - "فم" ساقط في (ن،ع).

كان جامدا ثم ذاب بعد ساعة فسال لا يضمن، وعن نصير[1] في زق انفتح فمه فلم يأخذه[2] فلا شيء عليه، ولو أخذه ثم تركه يضمن إن لم يكن صاحبه حاضرا.

٦٧٨- عن محمد رحمه الله فيمن أخرج دابة الغير من زرعه ولم يسقها بعد الإخراج لم يضمن، وإن ساقها بعد الإخراج يضمن وكذا لو حبسها.

٦٧٩- رجل قتل ذئب غيره أو أسده لا ضمان عليه، ولو قتل قرده[3] فعليه الضمان؛ لأن القرد له قيمة، ولأنه يخدمه في البيت كالكبش[4] وغيره، فصار بمنزلة الكلب يحرس بيتا.

٦٨٠- الراعي إذا وجد في غنمه شاة غيره فأخرجها من الغنم فطرحها ثم هلكت لا يضمن، وكذا البقّار، ولا ضمان على الراعي إذا ذبح الشاة عند خوف الهلاك، وكذا البقّار.

٦٨١- البقّار إذا أدخل البقر في القرية وأرسل كل بقرة في سكة صاحبها فضاعت لا يضمن إذا لم يعد ذلك خلافا، ولو تفرقت بقرة عنه وهو يخاف على البقية الضياع ولم يتبعها لا ضمان عليه.

٦٨٢- رجل عض يد رجل فجذبه من فيه فسقط السن وانقطع اللحم فدية السن هدر، وعلى العاض أرش اللحم؛ لأن العض أذى، فلابد منه

---

[1] - وفي (ن،ع): "بصير".

[2] - وفي النسخ الثلاث: "يؤخذه"، والصحيح ما كتبناه.

[3] - وفي (م): "قردة".

[4] - وفي (ن،ع): "كالكنس".

الجذب، ولوكان في يده ثوب فتشبث به رجل فجذبه فانشق الثوب فعلى المتشبث نصف قيمة الثوب ونصفه هدر؛ لأن التشبث ليس بأذى، فلا حاجة إلى الجذب، ولو أخذ يد غيره فصاحب اليد جذب يده فانكسرت يده، إن كان أخذه لمصلحة فلا شيء على الآخذ، وإلا فعليه الضمان.

٦٨٣- صبي على حائط فصاح به آخر فوقع منه فمات لا يضمن، وقيل: هذا إذا كان صياحه "لا تقع"[١].

٦٨٤- رجل قال لآخر: ارتق هذه الشجرة فأنثر الثمر[٢]، لتأكله أنت فسقط منها ومات لم يضمن، وإن قال: أنا آكله يضمن.

٦٨٥- ومن كسر[٣] بربطا لمسلم أو طبلا للهو أو مزماراً أو دفاً يضمن عند أبي حنيفة، وعندهما لا يضمن، والفتوى على قولهما، وإتلاف السكر والمنصف على هذا الخلاف، وجه قوله: إن هذه الأشياء مال متقوم، والفساد بفعل فاعل مختار فلا يسقط التقوم كالجارية المغنية[٤] والكبش النطوح والحمامة الطيارة.

٦٨٦- رجل أكره غلاماً أو امرأة على الفاحشة فقتله الغلام أو المرأة، فلا شيء عليه إذا لم يكن الخلاص إلا به.

---

[١] - وفي الدر المختار: صبي على حائط صاح به فوقع فمات إن صاح به فقال: لا تقع، فوقع لا يضمن ولو قال: قع فوقع ضمن، به يفتى، وقيل: لا يضمن مطلقا (٦/٥٦٠، باب القود، دار الفكر).

[٢] - وفي (ن،ع): "التمر".

[٣] - "كسر" ساقط في (م).

[٤] - وفي (ن،ع): "المعيبة".

٦٨٧- رجل جامع جارية لا يجامع مثلها فماتت من ذلك فإذا كان هو زوجها فعليه المهر وعلى عاقلته الدية، وإن كان غيره فعلى عاقلته الدية.

٦٨٨- الجمال إذا نزل في مفازة وتهيأ[١] الانتقال فلم ينتقل حتى سرق المتاع أو جاء المطر ففسد المتاع يضمن الجمال إذا كان الموضع[٢] غالبا بالسرقة أو المطر.

٦٨٩- الناقد إذا لم يحسن الانتقاد، لا أجر له ولا ضمان[٣] عليه، لأنه مجتهد أخطأ في اجتهاده؛ لأن المجتهد يخطئ ويصيب. ولوهلكت الدراهم في يده لا ضمان عليه[٤] أيضاً، إن أخذها من يد الطالب فالهلاك عليه، وإن أخذها من المطلوب منه فالهلاك عليه[٥]، والدين باق في ذمته.

٦٩٠- رجل أخذ درهما من يد صبي غير عاقل، ثم رده إليه لا يبرأ عن الضمان، كمن أخذ السرج عن ظهر الدابة ثم وضعه عليها، وكذا لو استهلك الدراهم ثم رد الضمان إليه.

٦٩١- رجل أخذ غضارة[٦] من الدكان بإذن صاحبه فوقعت من يده على غضارة آخر فانكسرتا لم يضمن الأول، لأنه أخذه بإذنه، ويضمن

---

[١] - وفي (ن،ع): "يتهيأ".

[٢] - وفي (ن،ع): "المواضع".

[٣] - "ولا ضمان" ساقط في (ن،ع).

[٤] - في (م): "أيضاً" ساقط.

[٥] - "فالهلاك عليه" ساقط في (م).

[٦] - وفي (م): "عذارة" ولعل الصواب ما كتبناه كما في فتاوى النوازل.

الثاني، ولو أخذ كوزا من بيت رجل بغير إذنه فوقع من يده فانكسر لم يضمن؛ لأنه مأذون دلالة.

٦٩٢- بعير بين شريكين فوقع في الطريق، إن كان يخاف الهلاك عليه يجوز لكل واحد منهما أن ينحره؛ لأنه مأذون دلالة[١]، بخلاف غير الشريك.

٦٩٣- رجل له إصبع زائدة فأراد قطعه، إن كان لا يفضي إلى الهلاك يسع[٢] أن يقطعه وإلا فلا.

---

[١] - زاد في (ن،ع): "له".

[٢] - زاد في (ن،ع): "له".

## فصل في جناية المملوك

٦٩٤- وإذا جنى العبد جناية خطأً قيل لمولاه: إما أن تدفعه بها أو تفديه بها؛ لأن الأصل في الجناية الخطأ أن يتباعد عن الجاني إذ هو معذور فيه، حيث لم يتعمد[١]، فتجب على عاقلة الجاني. وعاقلة العبد مولاه؛ لأن العبد يستنصر بالمولى[٢]، والموجب الأصلي الدفع، والنقل[٣] إلى الفداء مخلص، [ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب][٤] كما في مال الزكاة، بخلاف موت الجاني [الحر][٥]؛ لأن الموجب [لا][٦] يتعلق بالحر استيفاءً فصار كالعبد في صدقة الفطر، وقال الشافعي رحمه الله: جنايته في رقبته يباع فيها؛ لأن الأصل في موجب

---

[١] - وفي (ن،ع): "لم يبعد"، وهو خطأ.

[٢] - وفي (م): "يستضر بالمولى"، وفي (ن): "به تضر بالمولى"، والصحيح ما في (ع) وهوفي المتن.

[٣] - أي أن الواجب الأصلي هو دفع الجاني وهو العبد وإن كان للمولى حق النقل إلى الفداء وهو مخصص كما في مال الزكاة فإن الموجب الأصلي فيه جــزء من النصاب، وللمالك أن ينتقل إلى القيمة، ولكون الواجب الأصلي هو الدفع يسقط الموجب بموت العبد (وانظر: العناية مع تكملة فتح القــدير ٣٦٧/١٠، كتاب الديات، باب جناية المملوك والجناية عليه، دار الكتب العلمية).

[٤] - ما بين القوسين زدناه من الهداية تصحيحاً للمتن.

[٥] - ما بين القوسين زدناه من الهداية تصحيحاً للمتن.

[٦] - ما بين القوسين زدناه من الهداية تصحيحاً للمتن.

الجناية أن يجب على المتلف لأنه هو الجاني، إلا أن العاقلة تتحمله بالنص، ولا عاقلة للعبد فتجب في ذمته، كما في جنايته على المال، وكما في الدين، وكما أن جناية الذمي تجب في ماله لأنه لا عاقلة له.

٦٩٥- فإن أعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن المولى الأقل من قيمته ومن أرشها، وإن أعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الأرش كاملاً[١].

٦٩٦- عبد قطع يد رجل [عمداً][٢] فدفع إليه فأعتقه ثم مات المقطوع يده [من قطع اليد فالعبد صلح بالجناية][٣]، وإن لم يعتقه فالصلح باطل؛ لأن الصلح وقع عن مال ثم تبين أنه غير مال[٤] بالسراية، و[٥]الباطل لا يورث شبهة [فيرد على المولى][٦]، [وقيل للأولياء: إن شاؤوا قتلوه وإن شاؤوا عفوا عنه][٧].

---

١ - الأصل في جنس هذه المسائل: أن المولى إذا علم بجناية العبد وتصرف فيه فإن تصرف بما يعجزه عن الدفع صار مختاراً للفداء وإلا فلا، وإذا لم يعلم بالجناية لم يكن مختاراً للفداء لكن يضمن الأقل من قيمة العبد ومن أرش الجناية، كما في العناية ٣٧٠/١٠، دار الكتب العلمية.

٢ - ما بين القوسين زدناه من الهداية تصحيحاً للمتن.

٣ - ما بين القوسين زدناه من الهداية تصحيحاً للمتن.

٤ - "ثم تبين أنه غير مال" ساقط في (م).

٥ - زاد في (ن،ع): "لا".

٦ - ما بين القوسين زدناه من الهداية تصحيحاً للمتن.

٧ - ما بين القوسين وقع في المخطوطة قبل سطرين بعد قوله: "ثم مات المقطوع يده" وقد أخرناه عن موضعه في ضوء الهداية، لتكون العبارة مسلسلة وغير مخلة في الفهم.

٦٩٧- وإذا جنى المدبر أو أم الولد ضمن المولى الأقل من قيمتهما ومن أرشها[1]، لأنه مانع عن تسليمه في الجناية بتدبيره واستيلاده، فإن جنى جناية أخرى وقد دفع[2] القيمة إلى ولي الجناية الأولى بقضاء فلا شيء عليه؛ لأن المدبر مضمون بقيمة واحدة، وكذا أم الولد، وإن دفعه بغير قضاء فالولي[3] بالخيار إن شاء اتبع المولى، وإن شاء [اتبع ولي الجناية الأولى؛ لأن المولى دفع كل الحق إليه، وقد تبين أنه قبضه زيادة][4].

---

[1] - وفي اللباب في شرح الكتاب: إذا جنى المدبر أو أم الولد جناية خطأ ضمن المولى الأقل من قيمته: أي المدبر أو أم الولد، وذلك في أم الولد ثلث قيمتها، وفي المدبر الثلثان ... ومن أرشها أي الجناية، لأنه صار مانعاً بذلك للدفع من غير اختيار (٣٢٢/١، كتاب الديات).

[2] - وفي (ن،ع): "منع"، وهو خطأ.

[3] - وفي (ن،ع): "فالمولى"، وهو خطأ.

[4] - ما بين المعقوفتين غير واضح في (ن،ع).

# فصل في جناية البهيمة

٦٩٨- الراكب ضامن لما أوطأت الدابة بيدها أو رجلها أو رأسها، ولا يضمن ما نفحت برجلها أو ذنبها[١]؛ لأنه لا يمكن التحرز عنه مع السير في مؤخر[٢] الدابة؛ لأنه ليس في وسعها[٣].

٦٩٩- الأصل فيه أن السير في الدابة في طريق المسلمين مباح بشرط السلامة فيما[٤] يمكن التحرز عنه دون ما لا يمكن التحرز[٥] عنه، وعليه ضمان ما أتلفه؛ لأنه مباشر في التلف، والدابة آلة له، وهذا يشير إلى أن عليه الكفارة فيما أوطأت بالدابة؛ لأنها جزاء[٦] المباشرة، بخلاف السائق والقائد فإنه لايجب الكفارة عليهما؛ لأنهما مسببان لا مباشران، فإن راثت الدابة أو بالت في الطريق وهي تسير فعطب به إنسان لم

---

[١] – نفحت الدابة تنفح نفحاً وهي نفوح: رمحت برجلها ورمت بحد حافرها ودفعت، وقال الجوهري: نفحت الناقة ضربت برجلها (لسان العرب ٢٢٥/١٤، دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان).

[٢] – وفي (ن،ع): "مؤجر"، وهو خطأ.

[٣] – وقال ابن عابدين: فلو أوقفها في الطريق ضمن النفحة أيضاً، لأن صيانة الدواب عن الوقوف ممكنة، وإن كانت غير ممكنة عن النفحة فصار الإيقاف تعدياً، أو مباحاً مقيداً بشرط السلامة (رد المحتار ٤٢٨/٥).

[٤] – وفي (ن،ع): "لا" مكان "فيما"، وهو خطأ.

[٥] – "التحرز" ساقط في (ن).

[٦] – وفي (ن،ع): "أجر".

يضمن؛ لأنه من ضروريات السير، فلا يمكنه الاحتراز عنه، وكذلك إذا أوقفها لذلك، لأن من الدواب مالا يفعل ذلك إلا[1] بالإيقاف[2]، وإن أوقفها لغير ذلك فعطب به إنسان يضمن؛ لأنه متعد فيه إلا أن ضمان النفس على العاقلة وضمان المال في ماله.

٧٠٠- والسائق ضامن لما أصابت بيدها أو رجلها، والقائد ضامن لما أصابت بيدها دون رجلها، وأكثر المشايخ قالوا: إن السائق لا يضمن بالنفحة أيضا، وإن كان يراها، لأنه لا يمكن التحرز عنه، بخلاف الكدم[3] لإمكانه كبحها بلجامها.

٧٠١- وإن أصابت بيدها أو برجلها حصاة أو نواة أو أثارت حجراً صغيراً أو غباراً[4] ففقأ[5] عين إنسان أو أفسد ثوبه لم يضمنه؛ لأنه لا يمكن التحرز عنه، وإن كان حجرا كبيرا يضمن؛ لأنه يمكن التحرز عنه؛ لأن السير ينفك عنه عادة، وإنما ذلك بتعنيف[6] الراكب والرديف، فإن كان راكب وسائق يضمن الراكب دون السائق؛ لأن الراكب مباشر، وقيل: الضمان عليهما، وفي الجامع الصغير: "كل شيء ضمنه الراكب

---

[1] - "إلا" ساقط في (م).
[2] - وفي (ن،ع): "بالاتفاق"، وهو خطأ.
[3] - وفي (ن،ع): "الكرم" وهو خطأ.
[4] - "أو غباراً" ساقط في (م).
[5] - وفي (ن،ع): "قفأ"، وهوخطأ.
[6] - وفي (ن،ع): "لتعفيف".

ضمنه السائق والقائد"[1]؛ لأنهما مسببان بمباشرتهما شرط التلف.

٧٠٢- وإذا اصطدم فارسان فماتا، فدية كل واحد منهما على عاقلة الآخر، وقال زفر والشافعي رحمهما الله: على العاقلة بنصف الدية، والنصف الآخر هدر.

٧٠٣- ومن أرسل بهيمة ولها سائق فعطب به شيء يضمن السائق، وذكر في المبسوط: فما أصابت من فورها فالضمان على المرسل، ولو مالت يمنة و يسرة انقطع حكم الإرسال إلا إذا لم يكن لها طريق آخر سواه، وكذلك إذا وقفت ثم سارت.

٧٠٤- حمارالحطب إذا تعلق بثوب[2] فخرقه يضمن إذا لم يناد بقوله: "إلى اليمين واليسار".

٧٠٥- ومن ساق دابة في الطريق فضربها رجل أو نخسها فنفحت رجلا أو ضربته بيدها أوصدمته فالضمان على الضارب والناخس دون الراكب، هو المروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما[3].

---

[1] - انظر: الجامع الصغير ص:٥١٦، باب في جناية البهيمة والجناية عليها، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية كراتشي باكستان.

[2] - وفي (ن،ع): "ثبوت" وهو خطأ.

[3] - قال الزيلعي: غريب، روى عبد الرزاق في مصنفه: أقبل رجل بجارية من القادسية فمر على رجل واقف على دابة، فنخس رجل الدابة فرفعت رجلها، فلم يخط عين الجارية، فرفع إلى سلمان بن ربيعة الباهلي، فضمن الراكب، فبلغ ذلك ابن مسعود فقال: على الرجل، إنما يضمن الناخس (نصب الراية ١٧٨/٥ كتاب الديات، باب جناية البهيمة، والجناية عليها، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان). وفي المبسوط: أرسل دابة في الطريق فتركت سنن

٧٠٦- دابة أفسدت زرع غيره ليلا أونهارا فلا ضمان على صاحبها ولا على الراعي عندنا، إلا أن يرسلها إليه أو يراها فلم يمنعها، وقال الشافعي رحمه الله: إن كان نهارا لا يضمن وإن كان ليلاً يضمن[1].

---

الإرسال وذهبت يمنة أو يسرة فأتلفت مالا لم يجب الضمان على المرسل بخلاف ما لو ذهبت على سنن الإرسال (المبسوط ٦٣٥/١١، التسمية في الذبح).

[1] - "وإن كان ليلاً يضمن" ساقط في (م)، وفي المجموع: أما إذا أرسلها دون أن ينسب إليه التفريط، وأتلفت زرعاً في النهار فلا ضمان على صاحبها فيما رعته، وإن أتلفته ليلاً فعليه ضمان ما أتلفته الخ (المجموع شرح المهذب ٤١٣/٢٠، باب صول الفحل، دار الفكر بيروت - لبنان).

# كتاب الديات

الدية[1] مصدر كوشي وشية، يقال: ودى القاتل الدية أي أداها، وهو بدل النفس الفائت[2] إلا أن فيه قصورا لعدم المماثلة بين النفس والمال.

٧٠٧- والدية حق الورثة إلا دين المقتول يقضى منه إذا لم يكن له مال آخر، وتنفذ وصاياه منها، وقال مالك رحمه الله: إن الزوجة والزوج لم يرثا منها.

٧٠٨- ففي شبه العمد دية مغلظة[3] وهي مأة من الإبل أرباعا[4]، لقوله عليه السلام:" ألا إن قتيل خطاء العمد قتيل السوط والعصا وفيه مأة من الإبل"[5].

---

[1] - الدية، بالكسر: حق القتيل، ج: ديات، ووداه كدعاه: أعطى ديته (القاموس المحيط ص: ١٧٢٩).

[2] - وفي (ن،ع): "الغائب"، وهو خطأ.

[3] - أي على العاقلة وكفارة على القاتل كما في الهداية والعناية، كتاب الديات ٢٩٤/١٠، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.

[4] - أي خمس وعشرون بنت مخاض، وخمس وعشرون بنت لبون، وخمس وعشرون حقة، وخمس وعشرون جذعة (الهداية ٥٨٤/٤).

[5] - رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه من حديث عبد الله بن عمر بلفظ: "أن النبي -ﷺ- قال: ألا إن دية الخطأ شبه العمد، ما كان بالسوط والعصا مائة من الإبل: منها أربعون في بطون أولادها" (سنن النسائي٨/٤٠، رقم

٧٠٩- وفي قتل الخطأ مأة من الإبل[١] أخماسا[٢]، وتجب ذلك في ثلاث سنين لقضية عمر رضى الله عنه ورضيت الصحابة.

٧١٠- والأصل أن يجب في الحال كما في سائر المتلفات[٣]، إلا أن الشرع ورد فيه مؤجلا لا معجلا، فلا يعدل عنه.

٧١١- وعلى القاتل كفارة، وهي عتق رقبة مؤمنة بالنص[٤]، وإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، ولا يجزئ[٥] فيه الإطعام.

٧١٢- ومن العين ألف دينار، ومن الورق عشرة آلاف درهم، وقال الشافعي رحمه الله: من الورق اثنا عشر ألفاً.

٧١٣- ولا تثبت الدية إلا من هذه الأشياء الثلاثة[٦] عند أبي حنيفة

---

الحديث: ٤٧٨٨، ابن ماجه٢/٢١، رقم الحديث: ٢٦٢٧ واللفظ لأبي داود ٤/٦٨٣، رقم الحديث: ٤٥٤٧).

[١] - أي على العاقلة، والأصل فيه: أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة كما مر في الجنايات.

[٢] - أي عشرون بنت مخاض، وعشرون بنت لبون، وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة، وعشرون جذعة، كما في الهداية ٤/٥٨٤.

[٣] - وفي (ن،ع): "التلفات".

[٤] - أي قوله تعالى: ﴿فتحرير رقبة مؤمنة﴾ إلى قوله تعالى: ﴿فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين﴾ (النساء:٩٢).

[٥] - وفي (م): "لا يجز"، ولا يجزئ فيه الإطعام لأنه لم يرد به نص، والمقادير تعرف بالشرع كما في الهداية.

[٦] - أي من الإبل، والذهب، والفضة، (انظر: العناية على هامش تكملة فتح القدير ١٠/٢٧٥).

رحمه الله، وقالا: (منها[1] و) من البقر مأتا بقرة، ومن الغنم ألفا شاة، ومن الحلل مائتا حلة، كل حلة ثوبان؛ لأن عمر رضي الله عنه قضى هكذا[2].

وقيل: لا خلاف فيه حتى أن الولي إذا صالح على أكثر من مائتي حلة أو أكثر من مائتي بقرة فالفضل باطل أيضاً[3] عند أبي حنيفة رحمه الله، ولو لم يكن من جنس الدية فجائز وإن كثر، كمن صالح على بغال أو حمير أو مكيل أو موزون.

٧١٤- واختلفوا فيما سوى الإبل هل[4] هو أصل في الدية أم قيمة؟ قيل: الأصل هوالإبل وما سواه قيمة لها، وقيل: إن الدراهم والدنانير أيضا أصل، وليس بقيمة لها.

٧١٥- ودية المرأة على النصف من دية الرجل، أي في النفس

---

[1] - ما بين المعقوفتين زدناه من الهداية.

[2] - أخرجه أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: كانت قيمة الدية على عهد رسول الله -ﷺ- ثمان مائة دينار أو ثمانية آلاف درهم... قال: فكان ذلك كذلك حتى استخلف عمر رضي الله عنه فقام خطيبا فقال: ألا إن الإبل قد غلت، قال: ففرضها عمر على أهل الذهب ألف دينار، وعلى أهل الورق اثني عشر ألفاً، وعلى أهل البقر مائتي بقرة، وعلى أهل الشاء ألفي شاة، وعلى أهل الحلل مائتي حلة (أبوداود ٤/٦٧٩، رقم الحديث: ٤٥٤٢).

[3] - "أيضاً" ساقط في (م).

[4] - "هل" ساقط في (م).

والأطراف[1]، وهو ورد موقوفا على علي رضي الله عنه، ومرفوعاً[2] إلى النبي -ﷺ-، وقال الشافعي: ما دون الثلث لا يتنصف[3].

٧١٦- ودية المسلم والذمي سواء عندنا، وقال الشافعي رحمه الله: دية الذمي[4] أربعة آلاف درهم[5]، ودية المجوسي ثمان مأة درهم[6]، وقال مالك رحمه الله: دية الذمي ستة آلاف درهم.

---

[1] - قال في رد المحتار: ففي قتل المرأة خطأً خمسة آلاف، وفي قطع يدها ألفان وخمس مائة، وهذا فيما فيه دية مقدرة، وأما فيما فيه الحكومة، فقيل: كالمقدرة، وقيل: يسوى بينهما، وفي التاتارخانية عن شرح الطواويسي: ما ليس له بدل مقدر يستوي فيه الرجل والمرأة عند أصحابنا "تنبيه": في أحكام الخنثى من الأشباه: لا قصاص على قاطع يده، ولو عمداً، ولو كان القاطع امرأة، ولا تقطع يده إذا قطع يد غيره عمداً، وعلى عاقلته أرشها، وإن قتل خطأً وجبت دية المرأة، ويوقف الباقي إلى التبين، وكذا فيما دون النفس، ويصح إعتاقه عن الكفارة، (رد المحتار ٤٠٧/٥، كتاب الديات).

[2] - أي في الحكم، وروى ابن أبي شيبة في مصنفه: عن الشعبي قال: كان علي يقول: "دية المرأة في الخطأ على النصف من دية الرجل فيما دق وجل" وروي عن شريح قال: أتاني عروة البارقي من عند عمر: أن جراحات الرجال والنساء تستوي في السن والموضحة، وما فوق ذلك فدية المرأة على النصف من دية الرجل وهكذا روي عن ابن مسعود (المصنف لابن أبي شيبة ١٩٠/١٤، كتاب الديات: في جراحات الرجال والنساء).

[3] - وفي (ن،ع): "ينتصف".

[4] - أي من اليهود والنصارى (انظر: الهداية على هامش تكملة فتح القدير ٢٧٨/١٠).

[5] - "درهم" ساقط في (ن،ع).

[6] - "درهم" ساقط في (ن،ع).

٧١٧- وفي النفس الدية، وفي اللسان الدية لفوات النطق به، وإن قطع بعضه ينظر إلى الحروف التي تتعلق باللسان فبقدر ما لا يقدر به تجب[١]، وقيل: إن قدر على أكثر الحروف تجب[٢] حكومة عدل، وإن عجز عن الأكثر تجب[٣] الدية، وفي المارن الدية، هكذا قضى رسول الله -ﷺ-[٤].

٧١٨- والأصل في الأطراف أنه ينظر فيه، إن فوّت جنس منفعته على الكمال أو أزال جمالا مقصودا على الكمال، يجب به كل الدية، لإتلافه النفس من وجه، فإن النفس لا تبقى منتفعا به من ذلك الوجه، فألحق إتلاف جنس المنفعة بإتلاف كل البدن في الآدمي، فيصير إتلاف النفس معنى، فإن منفعة اللسان النطق، ومنفعة الذكر الإيلاج، ومنفعة الخصية الإيلاد.

٧١٩- وفي العقل[٥] الدية، أي إذا ضرب رأسه فذهب عقله لفوات

---

[١] - في النسخ الثلاث: "يجب"، والصواب ما كتبناه.

[٢] - في النسخ الثلاث: "يجب"، والصواب ما كتبناه.

[٣] - في النسخ الثلاث: "يجب"، والصواب ما كتبناه.

[٤] - أشار بهذا إلى الكتاب الذي كتبه رسول الله -ﷺ- لعمرو بن حزم وفيه: وفي اللسان الدية، وفي الشفتين الدية إلى آخر الحديث أخرجه الزيلعي في نصب الراية ١٣٨/٥.

[٥] - اعلم أن ما لا ثاني بدله في بدن الإنسان من الأعضاء، أو المعاني المقصودة فيه كمال الدية، والأعضاء أربعة أنواع أفراد وهي ثلاثة: الأنف واللسان والذكر، والمعاني التي هي أفراد في البدن: العقل، والنفس، والشم، والذوق،

منفعة الإدراك، فإن العقل أعظم ما يختص به الآدمي، وبه يتميز من البهائم، وذلك يتعلق بجميع البدن كالروح إذ كل واحد منهما ليس له موضع معلوم في البدن.

و[1]إذا ذهب سمعه أو بصره أو شمه أو ذوقه؛ لأن كل واحد منها منفعة مقصودة، وقد روي أن عمر رضي الله عنه قضى بأربع ديات في ضربة واحدة، ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر[2].

٧٢٠- وإذا شج رأسه موضحة[3] خطأً فذهب عقله أو شعر رأسه، دخل أرش الموضحة في الدية عندنا خلافا لزفر؛ لأنه جناية واحدة في

---

وأما الأعضاء التي هي أزواج: فالعينان، والأذنان الشاخصتان، والحاجبان، والشفتان، واليدان، وثديا المرأة، والأنثيان، والرجلان، ففيهما الدية، وفي أحدهما نصفها، والتي هي أرباع: أشفار العين، وفي كل شفر ربع الدية، والتي هي أعشار: أصابع اليدين، وأصابع الرجلين، ففي العشرة الدية، وفي الواحدة عشرها، والتي تزيد على ذلك: الأسنان، وفي كل منها عشر الدية (رد المحتار ٤٠٨/٥، كتاب الديات).

[1] - كذا في النسخ الثلاث، وينبغي أن يكون هناك "كذا" أي "وكذا إذا ذهب"، كما في الهداية مع الفتح (٣٠٥/١٠).

[2] - روى ابن أبي شيبة في مصنفه ....رمي رجل بحجر في رأسه فذهب سمعه ولسانه، وعقله، وذكره فلم يقرب النساء، فقضى فيه عمر بأربع ديات، (المصنف لابن أبي شيبة بتحقيق محمد عوامة ٦٦/١٤، كتاب الديات، إذا ذهب سمعه وبصره ط دار قرطبة للطباعة والنشر)، ورواه أيضاً عبد الرزاق في مصنفه والبيهقي في سننه (نصب الراية ١٤٠/٥).

[3] - وهي التي توضح العظم أي تبينه كما في الهداية فصل في الشجاج.

محل واحد[1] وهو الرأس، فيدخل الجزء في الكل، بخلاف ما إذا ذهب سمعه أو بصره به يجب أرش الموضحة مع الدية؛ لأنهما جنايتان مختلفتان؛ لأنه ظهرأثره في محل آخر، وعن محمد رحمه الله أن الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر.

٧٢١- وفي اللحية وشعر الرأس إذا حلقت فلم تنبت[2] الدية، وقال مالك والشافعي رحمهما الله: تجب فيهما حكومة عدل؛ لأن ذلك زيادة في الآدمى، و لهذا تحلق[3] كلها أو بعضها في بعض البلاد، ولهذا يجب في شعرالعبد نقصان القيمة.

٧٢٢- وفي اليدين أو الرجلين الدية، وفي أحدهما نصف الدية، وفي كل إصبع من أصابع اليد أو الرجل عشر الدية، والأصابع كلها سواء في ذلك لإطلاق الحديث[4].

٧٢٣- وفي كل أصبع ثلاث مفاصل ففي أحدها ثلث دية الأصبع، وما فيها مفصلان ففي أحدهما نصف دية الإصبع، فإن قطعها مع الكف

---

[1] - "واحد" ساقط في (م).

[2] - وفي النسخ الثلاث: "تثبت" والصحيح ما كتبناه.

[3] - وفي (ن،ع): "يخلق"، وهو خطأ.

[4] - أي ما رواه الترمذي عن ابن عباس قال: قال رسول الله -ﷺ-: "دية أصابع اليدين والرجلين سواء عشرة من الإبل لكل إصبع" (الترمذي مع تحفة الأحوذي ٥٤٠/٤، أبواب الديات باب:٤، ط دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان).

ففيه نصف الدية، والكف تبع للأصابع؛ لأن البطش بها[1] يحصل، فإن قطعها مع نصف الساعد ففي الزيادة حكومة عدل؛ لأنه ليس فيه أرش مقدر، ولا يمكن أن يجعل تبعا للكف؛ لأن الكف تبع، فلا يكون للتبع تبع، وعن أبي يوسف رحمه الله: مازاد على أصابع اليد والرجل فهو تبع [للأصابع][2] إلى المنكب والفخذ. وفي الأصبع الزائدة حكومة عدل[3].

٧٢٤- وتفسيره على ما قال الطحاوي[4]: أنه ينظر إلى قيمته، لو كان عبداً كم[5] تنقص قيمته بهذا، وكذا في السن الشاغية.

٧٢٥- وفي كل سن[6] خمس من الإبل بالنص[7]، والأسنان والأضراس كلها سواء لإطلاق ما روينا[8].

---

[1] - "بها" ساقط في (م).

[2] - ما بين القوسين زدناه من الهداية.

[3] - تشريفاً للآدمي، لأنه جزء من يده، ولكن لا منفعة فيه ولا زينة.

[4] - قال الطحاوي في مختصره: "والحكومة في كل ما ذكرنا أن يقوم المجني عليه حين وقعت به الجناية لو كان عبداً ثم يقوم لو كان عبداً به الجناية فينظر كم بينهما من القيمة فيكون عليه ما يقابله من الدية (مختصر الطحاوي ص:٢٣٨ ط دار إحياء العلوم بيروت).

[5] - وفي (م): "لم" ، وهو خطأ.

[6] - "وفي كل سن" ساقط في (ن،ع).

[7] - أي ما رواه ابن ماجه (في الديات باب: ١٧) "أن النبي -ﷺ- قضى في السن خمس من الإبل".

[8] - أي ما روى أبو داود عن ابن عباس أن رسول الله -ﷺ- قال: "الأصابع سواء، والأسنان سواء، الثنية والضرس سواء، هذه وهذه سواء" (أبوداود مع بذل المجهود ٧٩/١٨، باب ديات الأعضاء، مكتبة دار الباز).

٧٢٦- والثدي مع الحلمة، والهدب مع الأشفار، والذكر مع الحشفة والأنف مع المارن تبع[١].

٧٢٧- وفي الموضحة إذا كانت عمداً يجب القصاص، وفي الخطأ يجب نصف [عشر][٢] الدية، وإذا ذهب عقله به دخل أرش الموضحة في الدية؛ لأن الجزء داخل في الكل.

٧٢٨- ومن جرح رجلا لم يقتص منه حتى يبرأ عندنا، خلافا للشافعي رحمه الله؛ لأن المعتبر في الجراحات مآلها لا حالها؛ لأنه ربما تسري إلى النفس فيصير قتلاً[٣]، وإنما يستقر الأمر بالبرء والسراية.

٧٢٩- وإذا قتل الأب ابنه عمداً فالدية في ماله في ثلاث سنين، وقال الشافعي رحمه الله: تجب حالة؛ لأن التأجيل للتخفيف في الخاطئ، وهذا عامد، ولنا أنه مال وجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطأ.

٧٣٠- وعمد الصبي والمجنون خطأ ففيه الدية على العاقلة؛ لأن العمدية تترتب على العلم، والعلم بالعقل، والصبي قاصر العقل، والمجنون عديم العقل فلا يتحقق القصد منهما، وقال الشافعي رحمه الله: عمده عمد

---

[١] - في (ن،ع): "بيع"، والصواب "تبع"، وقال في التبيين: ولو قطع الجفون بأهدابها تجب دية واحدة، لأن الأشفار مع الجفون كشيء واحد كالمارن مع القصبة والموضحة مع الشعر (الدر المختار على هامش رد المحتار ٥/٤٠٩).

[٢] - ما بين القوسين زدناه من الهداية، وفي الهداية: وفي الموضحة إن كانت خطأ نصف عشر الدية (الهداية كتاب الديات فصل في الشجاج).

[٣] - وفي (ن،ع): "قتيلاً".

وتجب الدية في ماله.

٧٣١- ويبتني[١] على هذا مسائل، أحدها هذه، ومنها: الصبي إذا قتل مورثه لا يحرم عندنا عن الميراث، وعنده يحرم؛ لأن الحرمان عقوبة وليس من أهلها، ومنها: لا كفارة عليه عندنا خلافا له، لأن الكفارة حكم الجناية، [وهو ليس من أهل الجناية][٢].

٧٣٢- ومن شج رجلاً فالتحمت الجراحة، ولم يبق لها أثر ونبت الشعر سقط الأرش[٣] عند أبي حنيفة رحمه الله لزوال الشين، وعند أبي يوسف رحمه الله تجب حكومة عدل، وعند محمد رحمه الله تجب أجرة طبيب؛ لأن أرش الألم لا يضبط عوضه[٤].

٧٣٣- وكل عمد سقط فيه القصاص بشبهة، فالدية في مال القاتل، وكل أرش وجب بالصلح فهو في مال القاتل، لقوله عليه السلام: "لا تعقل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً[٥]، ولا تتحمل العاقلة أقل من نصف عشر الدية فتتحمل نصف العشر فصاعدا.

٧٣٤- ومن ضرب عضوا فذهب منفعته ففيه دية كاملة، كاليد إذا شلت، والعين إذا ذهب ضوءها، والظهر إذا احدودب أو انقطع ماءه لفوات جنس المنفعة.

---

[١] - وفي (م): "تبني".
[٢] - ما بين المعقوفتين ساقط في (ن،ع).
[٣] - "سقط الأرش" ساقط في (م).
[٤] - وفي (ن،ع): "عرضه"، وهو خطأ.
[٥] - قد مر تخريجه.

٧٣٥- وفي عين الصبي، ولسانه، وذكره إذا لم تعلم صحته حكومة عدل، لاحتمال أنه لا ينتفع[١] به، وكذا في لسان الأخرس، واليد الشلاء، والسن السوداء[٢] إذا لم تعلم صحته، وإنما تجب الدية في ذكر البالغ، لأنه تفوت بقطعه منفعة الوطء وهو الإيلاج والإيلاد، وفي الحشفة الدية أيضا؛ لأنها أصل[٣] في الإيلاج والقضيب[٤] تابع له.

٧٣٦- ومن قتل عبداً خطأً فعليه قيمته؛ لأن القيمة فيه كالدية في الحر؛ لأن معنى الآدمية راجحة على المالية، ولهذا تجب الكفارة في الخطأ، والقصاص في العمد، إلا أنه لا تزاد على عشرة آلاف درهم، بل ينقص منه عشرة دراهم في ظاهر الرواية، وهو مأثور عن ابن مسعود رضي الله عنه[٥]، والأثر في مثل[٦] هذا كالخبر.

٧٣٧- وفي الأمة ينقص عشرة من خمسة آلاف درهم عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله، وفي رواية الحسن: ينقص خمسة من خمسة

---

[١] - وفي (ن،ع): "ينقطع"، وهو خطأ.

[٢] - وفي (ن،ع): "السواد".

[٣] - وفي (ن،ع): "أميل".

[٤] - وفي (ن،ع): "القضب".

[٥] - روي عن ابن عباس أنه ينقص في العبد عشرة إذا بلغت قيمته عشرة آلاف، قال الزيلعي: غريب، وأخرج عبد الرزاق وابن أبي شيبة في مصنفيهما عن النخعي والشعبي وقالا: لا يبلغ بدية العبد دية الحر (نصب الرايــة ١٨١/٥، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان).

[٦] - "مثل" ساقط في (م).

آلاف، ذكره في الجامع، وقال أبويوسف والشافعي رحمهما الله: تجب قيمته بالغة ما بلغت كما في الغصب؛ لأنه ضمان مال، وكون الآدمية ساقطة العبرة.

٧٣٨- وفي يد العبد نصف قيمته لا يزاد على خمسة آلاف درهم إلا خمسة دراهم في رواية، وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد.

٧٣٩- رجل شج رأس نفسه وشجه رجل آخر وعقره أسد أو نهشته حية فعلى الأجنبي ثلث الدية في ماله؛ لأن المعتبر في الجنايات عدد الجناة لا عدد الجنايات، وجنايته على نفسه هدر في حق الضمان، وليس بهدر في حق أحكام الدنيا، حتى يغسل ويصلى عليه، وجناية البهيمة هدر أصلا، وجناية الأجنبي معتبرة في الدنيا والآخرة.

٧٤٠- رجل ضرب [رجلاً][1] بيده أو بشيء آخر ولم يقصد به القتل فمات من ذلك فهو شبه عمد، وإن ضرب ضربة لا يخاف على مثلها الهلاك فمات من ذلك فهو خطأ.

٧٤١- رجل ضرب امرأته في أدب فماتت فعليه الدية والكفارة عند أبي حنيفة رحمه الله، [المعلم إذا ضرب الصبي بإذن أبيه فمات لم يضمن، والأب إذا ضربه فمات يضمن الدية عند أبي حنيفة][2]، ولا يحرم عن الميراث، وعن أبي يوسف رحمه الله: لا يضمن أيضاً،

---

[1] - ما بين المعقوفتين زدناه من فتاوى النوازل ص:٤٤٦، دار الإيمان.

[2] - ما بين المعقوفتين ساقط في (ن،ع).

والفرق بين الأب والمعلم[1] وهو: أن تأديب الأب يعود إليه وتأديب المعلم لا يعود إلى المعلم[2].

٧٤٢- الختان إذا ختن صبيا بإذن والده فقطع الحشفة فمات الصبي فعلى عاقلته نصف الدية، وإذا عاش فعليه دية كاملة.

٧٤٣- صبيان يلعبون بالرمي فأصاب الرمي عين رجل إن كان يشهدون الصبيان أو أقر صبي بذلك لا يعتبر حتى يشهد الشهود بذلك.

---

[1] - وفي (ن،ع): "الأدب والعلم".

[2] - قال في رد المحتار: ولو ضرب ابنه الصغير تأديباً إن ضربه حيث لا يضرب للتأديب، أو فوق ما يضرب للتأديب، فعطب، فعليه الدية والكفارة، وإذا ضربه حيث يضرب للتأديب ومثل ما يضرب فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لا شيء عليه، وقيل: رجع إلى قولهما، وعلى هذا التفصيل والخلاف الوصي والزوج إذا ضرب اليتيم أو زوجته تأديباً، وكذا المعلم إذا ضرب الصبي بإذن الأب، أو الوصي لتعليم القرآن أو عمل آخر مثل ما يضرب فيه لا يضمن هو ولا الأب ولا الوصي بالإجماع، فأبو حنيفة أوجب الدية والكفارة على الأب ولم يوجبها على المعلم إذا كان بإذنه، وقيل: هذا رجوع من أبي حنيفة إلى قولهما في حق الأب، ولو ضرب المعلم بدون إذنه فمات يضمن، والوالدة إذا ضربت ولدها تأديباً لا شك أنها تضمن على قوله وعلى قولهما اختلاف المشايخ (رد المحتار ٤٠٢/٥ فصل في الفعلين).

# فصل في الجنين

٧٤٤- الجنين إذا استبان بعض خلقه فهو ولد في حق الأحكام الذي يتعلق به.

٧٤٥- إذا ضرب بطن[١] امرأة فألقت جنينا ميتا فعليه غرة، نصف عشر الدية[٢]، وهو خمسمأة درهم.

٧٤٦- الغرة عبد، أو أمة، أو فرس قيمته خمسمأة درهم. وغرة المال خياره، وغرة الشهر أوله.

والقياس أن لا يجب شيء؛ لأنه لم يتيقن بحياته، إلا أن النبي -ﷺ- أوجب في الجنين غرة على عاقلة الضاربة، فقالوا: أندي من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ومثل دمه بطل، فقال عليه السلام: "أتسجعي كسجع الكهان دوه"[٣] فدل أنه بدل النفس، ولهذا لوكان الضارب

---

[١] - "بطن" ساقط في (ن،ع).

[٢] - وهذا في الذكر، وفي الأنثى عشر دية المرأة وكل منهما خمس مائة درهم، لأن عشر دية المرأة هو نصف عشر دية الرجل في المقدار وهي على العاقلة عندنا، كما في الهداية مع تكملة فتح القدير ٣٢٨/١٠، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان.

[٣] - رواه أبوداود في سننه بلفظ: أن امرأتين كانتا تحت رجل من هذيل، فضربت إحداهما الأخرى بعمود، فقتلتها، فاختصموا إلى رسول الله -ﷺ- فقال أحد الرجلين: كيف ندي من لا صاح ولا أكل ولا شرب ولا استهل، فقال: أسجع كسجع الأعراب فقضى فيه غرة وجعله على عاقلة المرأة

أبا لايرث منه.

٧٤٧- وتجب في سنة واحدة بالنص[1] عندنا، وقال الشافعي رحمه الله: هي بدل النفس وهي مقدرة بست مائة درهم، وتجب في ثلاث سنين، وقال مالك رحمه الله: هي بدل الجزء، تجب في ثلاث سنين. ويستوي فيه الذكر والأنثى لإطلاق ما روينا.

٧٤٨- فإن ألقته حيا ثم مات ففيه دية كاملة، لأنه أتلف نفسا بالضرب، وإن ألقته[2] ميتا ثم ماتت الأم فعليه غرة ودية، وإن ماتت الأم ثم خرج الجنين حيا ثم مات، ففيه دية الأم ودية الجنين؛ لأنه قتل شخصين، وإن ماتت الأم ثم ألقت ميتا ففيه دية الأم ولا شيء في الجنين، وقال الشافعي رحمه الله: تجب الغرة أيضاً.

٧٤٩- وما وجب في الجنين موروث عنه؛ لأنه بدل[3] نفس فيورث، ولو كان الأب ضاربا لا يرث، لأنه قاتل نفس بغير حق مباشرة.

٧٥٠- والدية تورث عندنا، وقال مالك رحمه الله: لايرث الزوج والزوجة منها؛ لأنها تجب بعد الموت، ولا زوجة بعده.

٧٥١- وفي جنين الأمة إذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان

---

(أبوداود باب: ١٩، حديث:١٤١١).

[1] - أي ما روي عن محمد بن الحسن أنه قال: بلغنا أن رسول الله -ﷺ- جعل الغرة على العاقلة في سنة، قال الزيلعي: غريب (نصب الراية ١٦٠/٥، دار الكتب العلمية).

[2] - وفي (ن،ع): "ألقت".

[3] - وفي (ن،ع): "بدل عن نفس".

حيا، وعشر قيمته إذا كان أنثى اعتباراً بالحر؛ لأن الغرة فيه نصف عشر دية الذكر، وعشر دية الأنثى، إلا أن الدية مقدرة والقيمة غير مقدرة فيتفاوت غرة جنين الأمة بتفاوت القيمة، وقال الشافعي رحمه الله: عشر قيمة الأم، لأنه جزءها من وجه.

٧٥٢- ولا كفارة في الجنين عندنا، خلافا للشافعي رحمه الله؛ لأن الكفارة في النفس المطلقة، والجنين ليس بنفس مطلقة، فباعتبار النفسية تجب، وباعتبار الجزئية لا تجب[١]، فلا تجب بالشك إلا أن يشاء ذلك فهو أفضل[٢].

٧٥٣- امرأة شربت دواء ليصلح بدنها فألقت جنينا ميتا فلا شيء عليها في الجنين عند أبي حنيفة رحمه الله، وإن شربت ليسقط ولدها، فإن ألقته حيا ثم مات، فعلى عاقلتها الدية، وإن ألقته ميتا ففيه غرة، ولا ترث في الوجهين.

---

[١] - "لا تجب" ساقط في (ن،ع).

[٢] - أي إذا تبرع بها هو لأنه ارتكب محظوراً فإذا تقرب بها إلى الله تعالى كان أفضل ويستغفر الله بما صنع من الجريمة العظيمة (البحر الرائق ٣٩١/٨، فصل في الجنين).

# فصل في القسامة

٧٥٤- إذا وجد القتيل في محلة ولا يعلم من قتله يستحلف خمسون رجلا غير الصبي، والمجنون، والعبد، والولي؛ لأن[١] حفظ المحلة على أهلها، فإذا وجد فيها قتيل فجعل كأنهم باشروا القتل بأنفسهم في حق القسامة.

٧٥٥- وإنما تجب الدية بعد الحلف صيانة الدم عن الهدر[٢]، يتخيرهم الولي[٣]: "بالله ما قتلناه وما علمنا له قاتلا" لأنه حقه، وذكر في المبسوط: لايحلف "بالله ما قتلناه" لجواز أنه باشرالقتل بنفسه[٤]، بل يقول: "ما قتلت"، ثم يغرموا الدية في ثلاث سنين، وقال الشافعي رحمه الله: إذا كان هناك لوث أي علامة القتل على واحد بعينه، أو يكون بين القتيل وبينهم عداوة[٥]، أو شهد واحد، أو شهدوا غير عدول على أهل المحلة أنهم قتلوه يبدأ بيمين الولي[٦]، فيحلف الولي خمسين يمينا، ويقضى له بالدية على المدعى عليه سواء ادعى عليه عمداً أو خطأً، وقال محمد

---

[١] - وفي (ن،ع): "إن"، وهو خطأ.

[٢] - وفي (م): "الهرب"، وهو خطأ.

[٣] - أي يختار من القوم من يحلفهم.

[٤] - "بنفسه" ساقط في (ن،ع).

[٥] - "عداوة" ساقط في (م).

[٦] - أي إذا كان الظاهر شاهداً للولي يبدأ بيمينه، ورد اليمين على المدعي أصل له كما في الهداية باب القسامة.

رحمه الله: يقضى بالقود إذا كانت الدعوى عمداً[1]، وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله[2]، وإن نكل المدعي عن اليمين يحلف أهل المحلة، فإن حلفوا لا يجب عليهم شيء، وإن نكلو فعليهم القصاص في رواية، وفي رواية: الدية، وإن لم يكن هناك لوث فمذهبه مثل مذهبنا غير أنه لا تكرر اليمين عليهم[3]، فإن حلفوا لا شيء عنده، وعندنا تجب الدية؛ لأن اليمين إنما شرعت ليظهر القصاص، فإذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص ووجبت الدية عليهم، واليمين مع الدية يجمع عندنا[4]، بخلاف

---

[1] – هذا المذهب نسب إلى الإمام مالك رحمه الله، في الهداية، فقال فيه: قال مالك الخ، كذا في الدر المختار (انظر: الهداية ٦٣٤/٤، والدر المختار على هامش رد المحتار ٤٤٣/٥).

[2] – قال صاحب رد المحتار: حاصل مذهب الشافعي أنه إن وجد ظاهر يشهد للمدعي، فإن حلف أنهم قتلوه خطأً، فله الدية عليهم، أو عمداً فالقصاص في قول، والديه في قول، فإن نكل عن اليمين حلفوا، فإن حلفوا لا شيء عليهم وإلا فعليهم القصاص في قول، والدية في قول، وإن لم يكن الظاهر شاهداً للمدعي حلف أهل المحلة على ما قلنا، فحيث لا لوث فقوله كقولنا، والاختلاف في موضعين: أحدهما أن المدعي لا يحلف عندنا وعنده يحلف، والثاني براءة أهل المحلة من اليمين (رد المحتار ٤٤٣/٥ باب القسامة).

[3] – بل يردها على الولي كما في الهداية باب القسامة.

[4] – وفي (م): "عنده" ولعل الصواب ما كتبناه كما في فتاوى النوازل ص: ٤٤٨، دار الإيمان، وفي الهداية: وإذا حلفوا قضي على أهل المحلة بالدية، ولا يستحلف الولي، وقال الشافعي: لا تجب الدية (الهداية مع التكملة ٤٠٣/١٠، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان).

سائر الدعاوي.

٧٥٦- فإذا نكلوا عنه أو نكل واحد منهم حبس حتى يحلف؛ لأن اليمين مستحقة هنا تعظيما لأمر الدم، ولا يجب القصاص بنكولهم؛ لأن فيه شبهة، والقصاص لا يجب مع الشبهة، وعنده يرد اليمين على المدعي وهو الولي، كما هو مذهبه.

٧٥٧- والخلاف في موضعين، أحدهما: أن الولي لا يحلف عندنا لأنه مدع، والثاني: أهل المحلة هل يبرأون عن الدية باليمين؟ عنده يبرأون به، وعندنا لا يبرأون.

٧٥٨- ولا بد من أن يكون أثر في القتيل يستدل به على القتل كجراحة الضرب أو الخنق أو خروج الدم من عينه أو أذنه، بخلاف خروجه من فمه[١] أو دبره؛ لأن خروجه من هذه المخارج[٢] معتاد.

٧٥٩- وإذا ادعى الولي على واحد من أهل المحلة لم تسقط القسامة عنهم، وإن ادعى على واحد من غيرهم سقطت.

٧٦٠- وإن وجد القتيل في دار إنسان فالقسامة عليه؛ لأن حفظ الدار عليه والدية على عاقلته.

٧٦١- ولا تدخل السكان في القسامة مع الملاك عند أبي حنيفة رحمه الله.

---

[١] - وفي (ن،ع): "من فيه".

[٢] - وفي (م): "المخارق".

وهي على أهل الخطة[1] دون المشتريين عنده، وإن بقي واحد منهم.

٧٦٢- وإن وجد في مسجد محلة، فالقسامة على أهلها، وإن وجد في الجامع أو الشارع الأعظم، فلا قسامة فيها، والدية على بيت المال لأنه للعامة.

٧٦٣- وإذا وجبت الدية من بيت المال تؤخذ في[2] ثلاث سنين أيضا من وقت الحكم بالدية لا من وقت القتل.

٧٦٤- وإن وجدوا في السوق المملوك فهو على الملاك، وقيل[3]: على السكان، وفي البرية ليس بقربها عمارة فهو هدر، وكذا إذا وجد في وسط الماء يمر به، وإن وجد بين قريتين فعلى أقربهما منه. والله أعلم.

---

[1] - بالكسر هي ما أخطه الإمام، أي أفرزه وميزه من أراض وأعطاه لأحد (رد المحتار ٣١٤/١٠، طبع دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان).

[2] - وفي (م): "فيه".

[3] - وفي (ن،ع): "قتل"

# فصل في المعاقل

٧٦٥- المعاقل[١] جمع معقلة، وهي الدية، وتسمى الدية عقلا؛ لأنها تعقل الدماء من أن تسفك، يقال: عقلته أي أديت ديته[٢]، وعقل عنه أي أديت الدية عنه، وعقلته له دم فلان أي تركت القود للدية.

٧٦٦- والدية في شبه العمد والخطأ، وكل دية وجبت بنفس القتل[٣] فهي على العاقلة.

٧٦٧- والعاقلة أهل الديوان، وعشيرة الرجل، والأصل في وجوب الدية عليهم قضاء رسول الله -ﷺ- في حديث حكم بن مالك[٤]، قال

---

[١] - قال في القاموس: عقل القتيل: وداه، وعنه: أدى جنايته، وله دم فلان: ترك القود للدية،....... معقلة، بضم القاف، على قومه، غرم عليهم، والمعقلة: الدية نفسها، وهم على معاقلهم الأولى أي: الديات التي كانت في الجاهلية، أو على مراتب آبائهم، (القاموس المحيط: ١٣٣٦).

[٢] - "ديته" ساقط في (ن،ع).

[٣] - يعني ابتداء، فإن ما يجب منها بسبب الصلح أو الأبوة فهي في مال القاتل لا على العاقلة (العناية مع تكملة فتح القدير ٤٢٣/١٠، كتاب المعاقل، دار الكتب العلمية).

[٤] - كذا في النسخ الثلاث أي حكم بن مالك ولم أقف عليه، وفي كتب الأحاديث حمل بن مالك، وقصته ما رواها مسلم في صحيحه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها فاختصموا إلى رسول الله -ﷺ- فقضى رسول الله -ﷺ- أن دية جنينها غرة عبد أو وليدة وقضى بدية المرأة على عاقلتها، وورثها ولدها

للأولياء: "قوموا فدوه"، ولأن النفس محترم ولا وجه إلى إهدار[1] دمه، والخاطئ معذور فيه. وفي شبه العمد شُبهة العمدية نظراً إلى الآلة، وأن عذر الخاطئ لا يبطل حرمة النفس، فلا بد من الوجوب، ووجوب كمال الدية عليهما كما هو في الأصل، فهي موجب الجناية على الجاني لا على غيره كما في سائر المتلفات، إلا أن في إيجابها عليهما إجحاف مالهما واستيصال[2] مالهما في مال عظيم فيكون عقوبة شديدة، فضم الشرع إليه عاقلته تحقيقا للتخفيف، وإنما خصوا هؤلاء بالضم، لأنهم هم المقصرون في تأديبه وترك تحرزه فيجب عليهم؛ لأنهم أهل النصرة، والوجوب عليهم باعتبار التناصر، وأهل الديوان هم الذين تكتب أساميهم في الديوان من أهل الرايات والجيوش.

وإن لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته، وإن لم تكن قبيلته فعلى أنصاره، وإن كانت نصرته بالمحال والدروب فالدية على أهلها، وإن كانت نصرته بالحرفة فعلى المحترفين الذين هم أنصاره كالقصارين

---

ومن معهم فقال حمل بن مالك: يا رسول الله! كيف أغرم من لا شرب ولا أكل ولا نطق ولا استهل فمثل ذلك يطل، فقال رسول الله -ﷺ-: إنما هذا من إخوان الكهان، من أجل سجعه الذي سجع (مسلم٦/١٩٠-١٩١، كتاب القسامة، باب١١) وفي المعجم الكبير للطبراني (٩/٤ طبع دار إحياء التراث العربي) فقال رسول الله -ﷺ-: "دوه" وساق القصة.

[1] - وفي (م): "هدار".

[2] - كذا في (ن،ع)، وفي (م): "اتصال".

والصفارين بسمرقند، وعند الشافعي رحمه الله هم أهل العشيرة[1].

٧٦٨- وتقديره في ثلاث سنين مروي عن النبي -ﷺ-، ومحكي عن عمر رضي الله عنه[2]، والأخذ من العطايا للتخفيف، وعلى الجاني مثل ما يؤخذ من واحد من العاقلة.

٧٦٩- ولا يعقل مسلم عن كافر، ولا كافر عن مسلم لعدم التناصر بينهم، والكفار يتعاقلون فيما بينهم وإن اختلفت مللهم؛ لأن الكفر كله ملة واحدة عندنا.

٧٧٠- وإن لم تكن للذمي عاقلة فالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى بها عليه، كما في حق المسلم، لما بينا أن موجب الجناية على الجاني أحق[3] إلا أنه عدل عنه[4] إلى العاقلة بالنص، وما لم يوجد

---

[1] - وفي (ع): "العشير".

[2] - روى ابن أبي شيبة في مصنفه بإسناده عن أشعث عن الشعبي وعن الحكم، عن إبراهيم قالا: أول من فرض العطاء عمر بن الخطاب، وفرض فيه الدية كاملة في ثلاث سنين: ثلثا الدية في سنتين والنصف في سنتين والثلث في سنة وما دون ذلك في عامه (المصنف لابن أبي شيبة بتحقيق محمد عوامة ١٧٦/١٤، كتاب الديات، الدية في كم تؤدّى باب: ١٠٥)، والمروي عن الصحابي مما لا يعرف بالرأي كالمروي عن رسول الله -ﷺ-، وقال الترمذي: وقد أجمع أهل العلم على أن الدية تؤخذ في ثلاث سنين في كل سنة ثلث الدية (الترمذي مع تحفة الأحوذي ٥٣٦/٤، أبواب الديات، باب ما جاء في الدية كم هي من الإبل، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان).

[3] - "أحق" ساقط في (ن،ع).

[4] - "عنه" ساقط في (م).

فيه[1] بقي على أصله.

٧٧١- وعاقلة المعتق قبيلة مولاه، ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته؛ لأنه يتناصر بهم.

٧٧٢- ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية، لقوله عليه السلام: "لا تعقل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا ما دون أرش الموضحة"[2]؛ لأن الأصل أن الواجب[3] كلها في جميع الأحوال على الجاني، إلا أن النص قد ورد في المال الكثير على العاقلة لمعنى فيه، وليس هذا المعنى موجود في القليل، فبقي على أصله، والله أعلم.

---

[1] - وفي (م): "وما لم يوجد فيه بالنص" وفي الهداية: "فإذا لم توجد بقيت عليه" (الهداية مع التكملة ٤٣٢/١٠، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان).

[2] - لا أصل له مرفوعاً وإنما ذكره الزيلعي في نصب الراية، وقال: أخرجه البيهقي عن الشعبي عن عمر قال: "العمد والعبد، والصلح، والاعتراف لا تعقله العاقلة" قال البيهقي: وهذا منقطع والمحفوظ أنه من قول الشعبي، ثم أخرجه عن الشعبي قال: لا تعقل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً قال الزيلعي: واحتج كذلك محمد بن الحسن بإسناده عن ابن عباس قال: لا تعقل العاقلة، عمداً، ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا ما جنى المملوك (نصب الراية٥/١٥٥-١٥٦، طبع دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان).

[3] - وفي (ن،ع): "الموجب".

# كتاب الوصايا

٧٧٣- الوصية[١] اسم من أوصى يوصي إيصاءاً، يقال: فلان أوصى لفلان بكذا أي: جعل ماله له، والمال موصى به، والرجل موصى له، ويقال: أوصى إليه أي جعله وصيا في ماله، والرجل موصى إليه، والموصى به لا يملك إلا بقبول الموصى له بعد الموت؛ لأن الإيصاء له تمليك عين مضاف إلى ما بعد الموت، فقبوله ورده يعتبر بعد الموت[٢]، وإن رده في وجهه أو في غير وجهه لا يكون ردا، بخلاف الوكيل لو ردها في غير وجهه يكون [ردّاً][٣].

٧٧٤- وللوصي[٤] ولاية الأخذ إذا كان يخرج من الثلث كالغريم[٥]، وأما الإيصاء إليه إثبات الخلافة إليه في الحال مضافا إلى ما بعد

---

[١] - قال في القاموس: أوصاه، وصاه توصية: عهد إليه، والاسم: الوصاة، والوصاية، والوصية وهو الموصى به أيضاً (القاموس المحيط: ١٧٣١).

[٢] - قال في الهداية: وقبول الوصية بعد الموت فإن قبلها الموصى له حال الحياة أو ردها فذلك باطل، لأن أوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد (الهداية مع نصب الراية ٥/٢٢٠، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان).

[٣] - ساقط في النسخ الثلاث، وأثبتناه للتوضيح.

[٤] - وفي (ن،ع): "وللموصى له".

[٥] - وفي (ن،): "الغريمة".

الموت، فلا بد من القبول والرد في حال حياة الموصي؛ لأنه هو الذي أنابه مناب نفسه فيموت معتمدا عليه.

٧٧٥- وولاية الموصي تنقطع بموته وتنتقل ولايته إلى الموصى إليه، بخلاف التوكيل، فإنه إنابة حال حياته حتى لو رد في غير وجه المؤكل يصح رده[١]؛ لأنه قادر على التصرف بنفسه فلا ضرر فيه.

٧٧٦- وعلم الموصى إليه الإيصاء في حال حياة الموصي ليس بشرط في صحة الإيصاء، حتى لو لم يعلم في حال حياته فله أن يقبله بعد موته.

٧٧٧- الوصية عقد مشروع غير واجبة بل هي مستحبة من المريض بالكتاب والسنة وإجماع الأمة[٢]، والقياس يأبى[٣] جوازها؛ لأنه تمليك عين مضاف إلى وقت زوال الملكية، فلو أضيف إلى حال قيامها بأن قال: ملكتك غدا كان باطلا فهذا أولى، إلا أنا استحسناه لحاجة الناس إليها، فإن الإنسان مغرور بأمله مقصر في عمله، فإذا عرض له المرض، وخاف البيات، والحال حال التوبة والرجوع إلى الله تعالى، وآخر عهده بالدنيا وأول إقباله إلى الآخرة، فيحتاج إلى التلافي

---

١ - "رده" ساقط في (ن،ع).

٢ - الوصية على أربعة أقسام: أحدها: واجبة بالزكاة والكفارة وفدية الصلاة والصوم التي فرط فيها، والثاني مباحة لغني وأهل العلم والصلاح، والثالث: مكروهة لأهل فسوق، والرابع: مستحبة وهو المراد للمصنف (انظر الدر المختار على هامش رد المحتار ٤٥٨/٥).

٣ - وفي (م): "يأتي" وهو خطأ.

والتدارك[1] في بعض ما فرط من أمور آخرته على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المآلي[2]، وقد تبقى الملكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في التجهيز وقضاء الديون، وقد نطق به الكتاب، وهو قوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾[3].

٧٧٨- والوصية غير واجبة وهي مستحبة، لقوله عليه السلام:"إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم [زيادة في أعمالكم][4] فضعوها حيث شئتم" أو قال: "حيث أحببتم"[5]، فهذا ينافي الوجوب ويقتضي الاستحباب، وقيل: إنها واجبة على العموم، وقيل: إنها واجبة للوالدين والأقربين، والصحيح هو الأول.

٧٧٩- ثم الوصية المقدرة بالثلث وهي مؤخرة عن الدين بحديث عمر[6] رضي الله عنه "إنكم لتقرأون الوصية قبل الدين، فكان رسول الله

---

[1] - في (ن): "إتلاف" وفي (ع): "تلاف" والصواب ما كتبناه.

[2] - وفي (م): "مقصده بالمال".

[3] - النساء: ١١.

[4] - ما بين المعقوفتين ساقط في (م).

[5] - روى ابن ماجه في سننه بلفظ: "عن أبي هريرة قال قال رسول الله -ﷺ-: إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم (ابن ماجه باب: ٥، حديث:٢٧٠٩).

[6] - هكذا في (م)، ولعل الصواب: "علي" كما جاء في سنن الترمذي، والدر المنثور عن علي رضي الله عنه قال: إنكم تقرؤون هذه الآية: ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾، وإن رسول الله -ﷺ- قضى بالدين قبل الوصية، وقال الترمذي: "والعمل على هذا عند عامة أهل العلم أنه يبدأ بالدين قبل

-ﷺ- يبدأ بالدين قبل الوصية"، ولأن في قضاء الدين قضاء حق الميت، وإبراء ذمته منه، وتخليصه من عقوبة الآخرة؛ لأن الدين ينتقل من الذمة إلى التركة بالموت، بخلاف حق الله تعالى، وهو لا ينتقل إليها إلا بالوصية.

٧٨٠- والوصية للأجنبي بما دون الثلث مستحب سواء كانت الورثة[١] أغنياء أو فقراء، وبالثلث جائز، والزيادة على الثلث غير جائز، إلا أن يجيزها[٢] الورثة عندنا، وقال الشافعي رحمه الله: لا تجوز الزيادة أصلا، أي لا يجوز بطريق تنفيذ الوصية، بل هو ابتداءً تبرع منهم، وإنما قلنا ذلك، لأن[٣] الزيادة لا تجوز؛ لأن النبي -ﷺ- للسائل لما قال: [أفأوصي بجميع مالي؟ "قال: لا، أفأوصي بالشطر؟ قال: لا][٤]، أفأوصي بالثلث؟ قال: الثلث، والثلث كثير"[٥].

---

الوصية" (الدر المنثور في التفسير المأثور ٢٢٢/٢، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، والترمذي مع تحفة الأحوذي ٣٦٣/٦، أبواب الوصايا باب ما جاء يبدأ بالدين قبل الوصية).

[١] - وفي الهداية: ثم الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها؟ قالوا: إن كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك أولى لما فيه من الصدقة على القريب........ ولأن فيه رعاية حق الفقراء والقرابة جميعاً (الهداية على نصب الراية ٢٢٢/٥، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان).

[٢] - وفي (ن،ع): "يجهزها"، وهو خطأ.

[٣] - وفي (م): "أن".

[٤] - ما بين المعقوفتين ساقط في (ن،ع).

[٥] - أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن سعد بن وقاص قال: "عادني النبي -ﷺ-

٧٨١- ولا تجوز الوصية لوارث أي من[1] كان وارثا عند الموت لا وقت الوصية، إلا أن تجيزها بقية الورثة، وقد جاء فى الحديث: "الحيف في الوصية من أكبر الكبائر"[2]، وفسروه بالوصية للوارث، وبالزيادة على الثلث، وقوله تعالى: ﴿الوصية للوالدين﴾[3] منسوخ بقوله عليه السلام: "ألا لا وصية لوارث"[4]، وكذا لا تجوز للقاتل سواء كان عامدا أو خاطأً.

٧٨٢- ويجوز أن يوصي المسلم للذمي؛ لأن البر إليهم غير ممنوع في حال حياته، فكذا بعد مماته.

٧٨٣- ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية؛ لأنه تبرع كالهبة،

---

فقلت: أوصي بمالي كله، قال: لا، قلت: فالنصف، قال: لا، فقلت: أبالثلث؟ فقال: نعم، والثلث كثير" (صحيح مسلم بشرح النووي ٨٧/٦، كتاب الوصية، باب الوصية بالثلث).

[1] - "من" ساقط في (ن،ع).

[2] - قال الزيلعي: غريب، وأخرجه الدار قطني عن ابن عباس عن النبي -ﷺ- قال: "الإضرار في الوصية من أكبر الكبائر" ورواه ابن مردويه في تفسيره: "الحيف في الوصية من الكبائر" (نصب الراية ٢١٧/٥، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان).

[3] - البقرة: ١٨٠.

[4] - أخرجه أبوداود والترمذي وابن ماجه في الوصايا: "أن النبي -ﷺ- خطب فقال: إن الله تعالى قد أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث" وأخرج الدارقطني (في سننه في الفرائض) عن ابن عباس أن النبي -ﷺ- قال: "لا تجوز الوصية لوارث إلا أن يشاء الورثة" (انظر نصب الراية ٢٢١/٥، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان).

فلا يتم إلا بالقبول، والقبول يتوقف على موته، ويصح إبطال الإيجاب قبل القبول كما في البيع، وكذا لو فعل فعلا يدل على الرجوع.

٧٨٤- ومن[١] جحد الوصية لم يكن رجوعا عند محمد رحمه الله، خلافا لأبي يوسف رحمه الله[٢]؛ لأن الرجوع نفي في الحال بعد ما كان ثابتا في الماضي[٣]، والجحود نفي من الأصل فلا يكون رجوعاً؛ لأن بينهما منافاة؛ لأن رجوع[٤] الشيء يقتضي سبق وجوده، وجحود الشيء يقتضي سبق عدمه، والعدم في السابق ليس[٥] من لوازم الرجوع[٦].

٧٨٥- وإذا قال لغريم: إذا مت فأنت بريء من الدين الذي عليك، فهو وصية.

---

١ - "من" ساقط في (ن،ع).

٢ - اضطربت الأقوال للفتوى، ومال الشامي إلى أن الفتوى على قول محمد رحمه الله وقال: إذا اختلف التصحيح والإفتاء فالعمل بما وافق المتون أولى (رد المحتار:٥/٤٦٦).

٣ - "في الماضي"، ساقط في (ن،ع).

٤ - وفي النسخ الثلاث:"جحود"، وينبغي أن يكون "رجوع" كما كتبنا.

٥ - "ليس" ساقط في النسخ الثلاث، وأضفناه لتصحيح العبارة.

٦ - وفي الهداية: وقال أبويوسف: يكون رجوعاً، لأن الرجوع نفي في الحال، والجحود نفي في الماضي والحال، فأولى أن يكون رجوعاً، ولمحمد أن الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة في ذلك، وإذا كان ثابتاً في الحال كان الجحود لغواً، أو لأن الرجوع إثبات في الماضي ونفي في الحال، والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعاً حقيقتاً (الهداية ٤/٦٦١).

٧٨٦- والموصى به يملك بالقبول بعد موت الموصي إلا في مسئلة واحدة، وهي أن يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل القبول، فيدخل الموصى به في مال ورثته استحسانا؛ لأن الوصية تمليك بعد الموت، ولهذا يرتد بالرد بعد الموت، بخلاف الميراث؛ لأنه يثبت جبراً، وقال زفر رحمه الله: يثبت الملك له من غير قبول كالميراث، وهو قول الشافعي رحمه الله.

٧٨٧- ومن أوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية؛ لأن الدين مقدم على الوصية[١] لما قلنا.

٧٨٨- ولا تجوز وصية الصبي عندنا، خلافا للشافعي رحمه الله؛ لأنه تبرع وهو ليس من أهله.

٧٨٩- ولا تجوز الوصية للحمل[٢] أو بالحمل إذا وضع لأكثر من ستة أشهر لاحتمال عدمه حالة الوصية، وتجوز إذا وضع لأقل من ستة أشهر لتيقن وجوده فيه، بخلاف مطلق الإقرار له [لا يجوز[٣]، وبخلاف

---

[١] - لأن الدين فرض والوصية تبرع، وأبدا يبدأ بالأهم فالأهم، كما في الهداية مع تكملة فتح القدير ٤٦٠/١٠، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان.

[٢] - مثل أن يقول: أوصيت بثلث مالي لما في بطن فلانة، وبالحمل أن يقول: أوصيت بما في بطن جاريته، ولم يكن منه لكن بشرط أن يعلم أنه موجود في البطن وقت الوصية له أوبه بأن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية (انظر: تكملة فتح القدير: ٤٦٥/١٠، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان).

[٣] - أي لا يجوز مطلق الإقرار للحمل لأن مطلق الإقرار ينصرف إلى الإقرار بسبب التجارة (الهداية ٢٣٥/٣).

الهبة لا يجوز[1]][2]، وبخلاف ثمرة البستان وهي معدومة[3] يصح، وبالحمل المعدوم لا يصح.

٧٩٠- ومن أوصى بجارية إلا حملها صحت الوصية والاستثناء؛ لأن اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا، وإنما يستحق بالإطلاق[4] تبعا لها، فإذا أفرد الأم بالوصية صح إفرادها، ولأنه يصح إفراد الحمل بالوصية، فكذا استثناءه منه [يجوز، وهذا هو الأصل فيه أن ما يصح إفراده بالعقد يصح استثناءه منه][5].

٧٩١- ولو أوصى بالجارية لرجل والحمل لآخر وهما[6] يخرجان من الثلث فهو كما قال[7]، وكذا الحكم في الخاتم والفص، أما إذا أوصى

---

[1] - أي لا يجوز الهبة للحمل لعدم قبضه، ولا ولاية لأحد عليه ليقبض عنه (الدر المختار على هامش الرد ٤٦٢/٥).

[2] - ما بين المعقوفتين ساقط في (م).

[3] - وفي (ن،ع): "مقدورة".

[4] - وفي (م): "الولد" مكان "بالإطلاق".

[5] - ما بين المعقوفتين ساقط في (ن،ع)، وفي الهداية: أن ما يصح إفراده بالعقد يصح استثناؤه منه، إذ لا فرق بينهما، وما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه منه (الهداية مع تكملة فتح القدير ٤٦٩/١٠، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان).

[6] - "وهما" ساقط في (ن،ع).

[7] - قال في الهداية: وهو ما إذا أوصى بأمة لرجل وبما في بطنها لآخر وهي تخرج من الثلث، أو أوصى لرجل بخاتم، ولآخر بفصه، أو قال: هذه القوصرة لفلان، وما فيها من التمر لفلان كان كما أوصى، ولا شيء

بوصيتين، فكذلك الجواب عند أبي يوسف رحمه الله؛ لأنه رجوع عن وصية الحمل، وعند محمد رحمه الله الجارية للموصى له بها، والحمل بينهما نصفان، لأن الخاص لا يقضي على العام عنده[1] كما عرف، بخلاف الوصية الواحدة؛ لأن الثاني[2] دليل التخصيص، وبخلاف خدمة

---

لصاحب الظرف في المظروف في هذه المسائل كلها، أما إذا فصل أحد الإيجابين عن الآخر فيها فكذلك الجواب عند أبي يوسف، وعلى قول محمد: الأمة للموصى له بها والولد بينهما نصفان، وكذلك في أخواتها، لأبي يوسف أن بإيجابه في الكلام الثاني تبين أن مراده من الكلام الأول إيجاب الأمة للموصى له بها دون الولد وهذا البيان منه صحيح، وإن كان مفصولاً، لأن الوصية لا تلزم شيئاً في حال حياة الموصي فكان البيان المفصول فيه والموصول سواء كما في وصية الرقبة والخدمة، ولمحمد أن اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص، وكذلك اسم الجارية يتناولها وما في بطنها واسم القوصرة كذلك، ومن أصلنا أن العام موجبه ثبوت الحكم على سبيل الإحالة بمنزلة الخاص، فقد اجتمع في الفص وصيتان، وكل منهما وصية بإيجاب على حدة فيجعل الفص بينهما نصفين، ولا يكون إيجاب الوصية فيه للثاني رجوعاً عن الأول، كما إذا أوصى للثاني بالخاتم بخلاف الخدمة مع الرقبة، لأن اسم الرقبة لا يتناول الخدمة وإنما يستخدمه الموصى له بحكم أن المنفعة حصلت على ملكه، فإذا أوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له فيه حق، بخلاف ما إذا كان الكلام موصولاً لأن ذلك دليل التخصيص والاستثناء فتبين أنه أوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص (الهداية ٤/٦٨٦-٦٨٧).

[1] - وفي (ن،ع): "عندنا".

[2] - زاد في (ن،ع): "بمنزلة".

العبد مع الرقبة[1] فيه؛ لأن اسم الرقبة لا يتناول الخدمة، حتى لو أوصى رقبة العبد لرجل وخدمته لآخر وهو يخرج من الثلث فهو كما قال، وإن لم يوص الرقبة لأحد فالرقبة للورثة.

٧٩٢- وإذا أوصى لرجل بثمرة بستانه ثم مات فللموصى له الثمرة الموجودة يوم مات، وإن قال: ثمرة بستاني له أبدا فله الثمرة الموجودة وما يوجد[2] إلى أن يموت، ولو أوصى له بغلة بستانه فله الموجودة وما يوجد[3] سواء ذكر الأبد أولم يذكر، والفرق أن الثمرة لا تتناول المعدومة إلا بذكر الأبد، والغلة تتناول الموجود وما كان بعرضية الوجود، أما الولد واللبن والصوف في الوصية تتناول الموجود يوم موت[4] الموصي سواء ذكر الأبد أو لم يذكر، ثم الفرق أن الوصية تمليك المعدوم فيه، والقياس يأباه، إلا أن الثمرة والغلة يستحق بالعقود لهما، كما في المعاملة والإجارة، فيستحق بالوصية، بخلاف الولد واللبن لا يستحق بالعقود، فلا يستحق بالوصية.

---

[1] – وفي (م): "الولد" مكان "الرقبة".

[2] – وفي (م): "يستوجد".

[3] – وفي (م): "يستوجد".

[4] – وفي (ن،ع): "يموت".

## فصل

٧٩٣- ومن أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفان[١]؛ لأنهما تساويا في سبب الاستحقاق، فيتساويان في الاستحقاق، والمحل يقبل الشركة.

٧٩٤- ولو قال: سدس مالي لفلان، ثم قال: سدس مالي له، فله سدس واحد، لأنه ذكر السدس معرفا بالإضافة إلى المال، والمعرفة متى أعيدت يراد بالثاني عين الأول وهو المعهود في اللغة.

٧٩٥- ومن أوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة[٢]؛ لأنه وصية بمال الغير، وإن أوصى بمثل نصيب ابنه جاز؛ لأن مثل الشيء غيره.

٧٩٦- ومن أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة، إلا أن[٣] ينقص من السدس فيتم له السدس عند أبي حنيفة ولا يزاد عليه، وقالا: له مثل أدنى نصيب أحد الورثة[٤] ولا يزاد على الثلث، ولكن ينقص عنه.

٧٩٧- وتفسير أخس سهام الورثة عنده، ألا يزيد على السدس فله السدس في رواية المبسوط، وفي رواية الجامع: فله أخس سهام الورثة

---

[١] - فإن أجازوا فلهما الثلان ولهم الثلث كما في العناية مع تكملة فتح القدير ٤٧٣/١٠، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.

[٢] - وفي (ن،ع): "باطلاً".

[٣] - "أن" ساقط في (ن،ع).

[٤] - وفي (م): "أدنى نصيب الورثة أحد".

إلا أن ينقص عن السدس فله السدس، فعلى الرواية الأولى لم يجوّز[1] الزيادة على السدس وجوز النقصان، وعلى الرواية الثانية جوز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عنه عنده[2].

٧٩٨- وإن أوصى بجزء من ماله، قيل للورثة: أعطوه ما شئتم؛ لأنه مجهول، والمجهول[3] يتناول القليل والكثير، غير أن الجهالة لا تمنع صحة[4] الوصية.

٧٩٩- ومن أوصى بثلث دراهمه أو بثلث غنمه، فهلك ثلثا ذلك[5]

---

[1] - وفي (م): "يجزو"، وهو خطأ.

[2] - قال في العناية: واعلم أن عبارة المشايخ والشارحين في هذا الموضع اختلفت اختلافاً لا يكاد يعلم منه شيء، وسبب ذلك اختلاف رواية المبسوط والجامع الصغير، قال في الكافي: فعلى رواية الأصل جوز أبوحنيفة النقصان من السدس، ولم يجوز الزيادة على السدس، وعلى رواية الجامع الصغير جوز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس، ورواية المصنف تخالف كل واحد منهما، لأن قوله: إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ليس في رواية المبسوط، وقوله: ولا يزاد عليه، ليس في رواية الجامع الصغير وانظر للتفصيل العناية وتكملة شرح فتح القدير ٤٧٧/١٠، ٤٧٨، باب الوصية بثلث المال، دار الكتب العلمية.

[3] - "والمجهول" ساقط في (ن،ع).

[4] - "صحة" ساقط في (ن،ع).

[5] - أي ثلثا الدراهم، أو الغنم بأن كانت ثلاثة مثلاً فهلك منها اثنان، وبقي واحد، فله ذلك الباقي بتمامه، وقال زفر: له ثلث ما بقي هنا أيضاً، لأن المال مشترك، والهالك منه يهلك على الشركة، ويبقى الباقي تقديماً للوصية على

وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي، فله جميع ما بقي، وقال زفر[1] رحمه الله: له[2] ثلث ما بقي، وكذا في المكيل والموزون، وأما الثياب إذا كانت من جنس واحد فهي بمنزلة الدراهم.

٨٠٠- ومن أوصى لرجل بألف درهم وله مال عين ودين، فإن خرج الألف من ثلث العين دفع إلى الموصى له[3].

٨٠١- ومن أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله[4] فإذا عمرو ميت

---

الميراث كذلك، ووجه الإمام وصاحبيه أنه في الجنس الواحد يجمع حق الموصى له في الباقي تقديماً للوصية على الميراث ولأنه لو لم يهلك شيء، فللقاضي أن يجعل هذا الباقي له (رد المحتار ٥/٤٧٥ باب الوصية بثلث المال).

[1] - الفتوى ينبغي على قوله، فقال في غاية البيان: وبقول زفر نأخذ وهو القياس، وأقره في السعدية (رد المحتار ٥/٤٧٥).

[2] - "له" ساقط في (م).

[3] - وإن لم يخرج دفع إليه ثلث العين كما في الهداية.

[4] - هذه المسألة على أوجه، الأول: إن الموصي يعلم بموته حين الوصية، فالثلث كله لزيد اتفاقاً لأن الوصية للميت لغو، فكان راضياً بكل الثلث للحي، والثاني: إذا أوصى لزيد وعمرو، وهما بالحياة فمات الموصي، ثم مات أحدهما، فإن للحي نصف الثلث، لأن بعد موت الموصي لا يبطل موت أحدهما حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه كموت أحد الورثة بعد موت المورث، والثالث: إن لم يعلم الموصي بموته عند الوصية حتى مات، فعند أبي يوسف للحي نصف الثلث، وعندهما كله للحي، والرابع: إذا أوصى لهما، ثم مات أحدهما قبل موت الموصي كان للباقي نصف الثلث، ولكن هنا كان النصف الآخر للموصي لأنه لما مات أحدهما قبل موت الموصي بطلت حصته، لأن

فالثلث كله لزيد؛ لأن الميت ليس بأهل للوصية فلا يزاحم الحي، وعن أبي يوسف رحمه الله إذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث.

٨٠٢- ومن أوصى بثلث ماله[1] ولا مال له، ثم اكتسب مالا استحق الموصى له بثلث ما يملكه عند الموت.

٨٠٣- والوصية بملك الغير باطلة، حتى لو أوصى به ثم ملكه ثم مات لا يؤمر بتسليمه إلى الموصى له، بخلاف الإقرار به.

---

الوصية في معنى عقد مضاف إلى ما بعد الموت فيشترط بقاء من أوجب له عند الوصية، ولم يوجد حيث مات قبل موت الموصي فيبطل حصته، (انظر: تكملة فتح القدير ١٠/٤٣٩-٤٤٠).

[1] - "ماله" ساقط في (م).

# فصل

٨٠٤- ومن أعتق عبدا في مرضه[١] أوباع وحابى أو وهبه فذلك كله وصية، تعتبر من الثلث.

٨٠٥- ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى، قدمت الفرائض منها[٢]، قدمها الموصي أو أخرها مثل الحج والزكاة والكفارات؛ لأن الفريضة أهم من النافلة، وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي.

٨٠٦- ومن أوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبويوسف ومحمد رحمهما الله: هم أهل المحلة، وهذا استحسان[٣].

٨٠٧- ومن أوصى لأقربائه فالوصية للأقرب فالأقرب من كل ذي رحم محرم منه غيرالوالدين، ويكون للإثنين فصاعدا[٤]، وقرابة الولاد لا يسمون أقرباء، ومن سمي والده قريبا كان منه عقوقا[٥].

---

[١] - أي في مرض الموت.

[٢] - وفي النسخ الثلاث: "منه"، والصحيح ما كتبناه.

[٣] - والصحيح قول الإمام كما أفاده في الدر المنتقى، وصرح به العلامة قاسم وهو القياس كما في الهداية، فهو مما رجح فيه القياس على الاستحسان (رد المحتار ٤٨٣/٥).

[٤] - وهذا عند أبي حنيفة، وقال صاحباه: الوصية لكل من ينسب إلى أقصى أب له في الإسلام، وقول الإمام هو الصحيح كما في تصحيح القدوري والدر المنتقى، (انظر: الهداية ٦٨/٤، رد المحتار ٤٨٥/٥).

[٥] - وفي (ن،ع): "من سمى والده قرباً كان منه عقوبة"، وهو خطأ.

٨٠٨- وأهل الرجل زوجته عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: كل من يعول تحت[١] نفقته، واسم الولد ينتظم الذكر والأنثى انتظاما واحدا على السوية، واسم الورثة ينتظم الذكر والأنثى على التفضيل.

٨٠٩- حد الشباب من الإدراك إلى خمس وثلثين سنة، ثم بعده كهولة إلى خمسين سنة، ثم بعده شيخوخة.

٨١٠- رجل أوصى لرجل بجميع ماله، ثم مات ولم يترك وارثا إلا امرأته، فإن لم تجز المرأة[٢] فلها السدس، وخمسة أسداسه للموصى له؛ لأن الثلث يجوز للموصى له بغير إجازته، والوصية مقدمة على الميراث وبقي الثلثان فللمرأة الربع من ذلك الثلثان، وهو سدس جميع المال، ولو كان مكان الزوجة زوج فيه، فإن لم يجز فله الثلث والباقي للموصى له.

٨١١- والوصية بالإسراف في الكفن باطلة[٣]، وكذا بتطيين قبره أو ضرب قبة عليه، واتخاذ التابوت أو حمله بعد موته من موضع إلى موضع آخر، أو أوصى بشيء لقراءة القرآن عند المقبرة[٤]، أما إذا

---

[١] - وفي (م): "تجب"، وهذا خطأ.

[٢] - وفي (ن،ع): "الورثة".

[٣] - وفي الدر المختار: أوصى بأن يصلي عليه فلان، أو يجعل بعد موته إلى بلد آخر، أو يكفن في ثوب كذا، أو يطين قبره، أو يضرب على قبره قبة، أو لمن يقرأ عند قبره شيئاً معيناً فهي باطلة (رد المحتار ٤٧١/٥).

[٤] - لو زار قبر صديق أو قريب له، وقرأ عنده شيئاً من القرآن فهو حسن، أما الوصية بذلك فلا معنى لها ولا معنى أيضاً لصلة القاري، لأن ذلك يشبه

أوصى بتكفير صلواته يجوز.

٨١٢- ولو أوصى بأن يدفن في داره فالوصية باطلة، إلا أن يوصي بجعل داره مقبرة للمسلمين، ويجوز لوارثه أن يدفن فيها، كالرباط فيه ينزل الواقف ووارثه فيه.

٨١٣- ولو أوصى بأن يتخذ طعاما بعد وفاته ويطعمون الناس يجوز، فالفقير والغني في ذلك سواء.

---

استيجاره على قراءة القرآن، وذلك باطل، ولم يفعل أحد مـن الخلفـاء، (رد المحتار ٥/٤٨٨).

# فصل في الوصي

٨١٤- قيل: الدخول تحت[1] الوصاية أول مرة غلط، والثاني جناية[2] وآخرها ضمان[3]، وعن الحسن لا ينجو الوصي من الضمان ولو كان عمر رضي الله عنه[4].

٨١٥- ومن أوصى إلى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوصية، وإن كانوا كلهم[5] صغاراً جاز عند أبي حنيفة رحمه الله[6].

٨١٦- ومن أوصى إلى من يعجز عن القيام بالوصية ضم إليه القاضي غيره.

٨١٧- وإذا قال: أوصيت إلى فلان إن حدث لي حادث في مرضي هذا ثم برأ منه بطلت الوصية.

٨١٨- ومن أوصى إلى اثنين لم يجز لأحدهما أن يتصرف فيه

---

[1] - "تحت" ساقط في (ن).

[2] - وفي (ن): غير واضح "جناية" أو "خيانة"، وفي (م): "والثاني الحال جناية".

[3] - قال الشامي عن أبي يوسف، الدخول فيها أول مرة غلط، والثانية خيانة، والثالثة سرقة (رد المحتار ٤٩٤/٥).

[4] - قال في رد المحتار: وعن الحسن لا يقدر الوصي أن يعدل، ولو كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه (رد المحتار ٤٩٤/٥).

[5] - وفي (م): "لهم".

[6] - وقالا: لا يجوز مطلقاً، (رد المحتار ٤٩٥/٥-٤٩٦).

دون صاحبه عند أبي حنيفة رحمه الله[١] إلا في شراء الكفن وتجهيزه، وقضاء دينه وغير ذلك من طعام الصغار وكسوتهم[٢].

٨١٩- [بيع الوصي في مال الصغير يجوز لأنه من باب الحفظ، ولا يجوز في العقار إلا][٣] إذا خاف الهلاك عليه، كما في الأب. والأم، تملك في حق [الصغير ما يملك الأب في حق][٤] الكبير، وكذا وصيها ووصي الأخ والعم.

٨٢٠- ولا يتجر الوصي في مال الصغير؛ لأن المفوض إليه الحفظ دون التجارة.

٨٢١- ولو كان الوصي محتاجا فله أن يأكل مال اليتيم بإذن القاضي بقدر ما يستغني فيه، ولا يجوز أكثر منها، لقوله تعالى: ﴿فليأكل بالمعروف﴾[٥]، ولقوله[٦] تعالى: ﴿إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما﴾[٧].

---

[١] - كذا عند محمد رحمه الله، وقال أبويوسف: ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الأشياء (الهداية ٤/٦٩٣، باب الوصي وما يملكه).

[٢] - ورد الوديعة بعينها، ورد المغصوب، والمشترى شراء فاسدا، وحفظ الأموال، وقضاء الديون، وتنفيذ وصية بعينها، وعتق عبد بعينه، والخصومة في حق الميت، وقبول الهدية، وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف، وجمع الأموال الضائعة (الهداية ٤/٦٩٤، باب الوصي وما يملكه).

[٣] - ما بين المعقوفتين ساقط في (م).

[٤] - ما بين المعقوفتين ساقط في (م).

[٥] - النساء: ٦.

[٦] - وفي (م): "منسوخ بقوله تعالى" ولعل الصواب ما كتبناه.

[٧] - النساء: ١٠.

٨٢٢- ويجوز بيع الوصي وشراءه بالغبن اليسير، ولا يجوز بالفاحش؛ لأن الولاية نظرية[1]، ولو قبل[2] الحوالة في مال اليتيم إن كان أملأ من الأول يجوز، وإلا فلا؛ لأنه تضييع[3] في مال اليتيم من وجه.

٨٢٣- ولو باع الوصي شيئاً من التركة بغير محضر من الغرماء يجوز؛ لأنه قائم مقام الموصي، وحق الغرماء في معنى المال لا في العين، وبالبيع لا يبطل المعنى، بخلاف المولى إذا باع العبد المديون بغير حضرة الغرماء لم يجز؛ لأن لهم[4] حق في السعاية، وبالبيع يبطل حقهم.

٨٢٤- والوصي إذا باع مال الصبي من غريم نفسه جاز ويقع المقاصة ويضمن للصبي، وعند أبي يوسف رحمه الله لا يقع المقاصة، وكذا الحكم في بيع الأب، ولو باع الوصي ماله من نفسه لا يجوز؛ [لأنه وكيل محض، بخلاف الأب.

٨٢٥- وإذا أنفق الوصي مال اليتيم في تعليم القرآن، والأدب يجوز][5] إذا كان الصبي يصلح لذلك، وإن كان لا يصلح فلا بد من أن

---

[1] - وفي (م): "ينظر به".

[2] - وقال في الهداية: وإذا احتال الوصي بمال اليتيم فإن كان خيراً لليتيم جاز، وهو أن يكون أملأ، إذ الولاية نظرية، وإن كان الأول أملأ لا يجوز، لأن فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه (الهداية ٦٩٨/٤، آخر كتاب الوصايا).

[3] - وفي (م): "يضيع".

[4] - وفي النسخ الثلاث: "لأنهم"، والصحيح ما كتبناه.

[5] - ما بين المعقوفتين ساقط في (ن،ع).

يكلفه[1] مقدار ما تجوز به الصلاة.

٨٢٦- وإن أوصى لأهل العلم شيئا دخل في الوصية أهل الفقه والحديث، ولا يدخل فيه المتكلم.

٨٢٧- ويجوز للوصي أن يوصي إلى غيره فيما أوصى إليه عندنا، ولو أوصى إليه فيما ترك نصب[2] الثاني وصيا في تركته، وتركته ماكان وصيا فيه عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما صار وصيا في تركته خاصة.

٨٢٨- ولا يجوز للوصي أن يقرض شيئا من مال اليتيم كالهبة؛ لأنه تبرع ابتداء، بخلاف القاضي، فإن له ولاية القرض في مال اليتيم.

٨٢٩- ووصي الأب أولى من الجد عندنا، وعند الشافعي رحمه الله الجد أولى منه في التصرف.

---

١ - وفي (ن،ع): "من تكلفه".

٢ - وفي (م): غير واضح.

# كتاب الخنثى

٨٣٠- إذا كان للولد فرج وذكر فهو خنثى، فإن كان يبول من الذكر فهو غلام، وإن كان يبول من الفرج فهو أنثى، وإن كان يبول منهما والبول أسبق من أحدهما نسب إلى الأسبق، فإن كانا في السبق سواء فلا معتبر بالكثرة عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: نسب إلى أكثرهما؛ لأن للأكثر حكم الكل فيرجح بالكثرة، وإن كان الخارج سواء منهما فهو خنثى مشكل بالاتفاق لعدم المرجح.

٨٣١- وإذا بلغ خنثى وخرجت له لحية، أو وصل إلى النساء فهو رجل[١]، وإن ظهر له ثدي المرأة أو حاض أو حبل أو أمكن الوصول إليه من الفرج فهو امرأة، وإن لم يظهر من هذه العلامات فهو خنثى مشكل، وكذا إذا تعارضت هذه العلامات.

٨٣٢- وإذا وقف خلف الإمام قام بين صف الرجال والنساء لا يسبق الرجال لاحتمال أنه امرأة، ولا تسبق النساء عليه لاحتمال أنه رجل، والأحب أن يصلي بقناع لاحتمال أنه امرأة. ويقعد في صلاته كما تقعد النساء.

٨٣٣- وتبتاع له أمة تختنه إن كان له مال، وإن لم يكن له مال ابتاع له الإمام أمة من بيت المال فتختنه، ثم باعها[٢].

---

[١] - وكذا إذا احتلم كما يحتلم الرجل، أو كان له ثدي مستو، لأن هذه من علامات الذكران (الهداية ٤/٧٠١ كتاب الخنثى).

[٢] - ورد ثمنها في بيت المال كما في الهداية، كتاب الخنثى، فصل في أحكامه.

٨٣٤- لاحتمال أنه امرأة لا يمسه الرجال ولاحتمال أنه رجل لا يمسه النساء، ولا يجوز[١] له لبس الحرير.

٨٣٥- وإن مات أبوه وخلف ابنا وخنثى، فللابن سهمان وللخنثى سهم، وهو أنثى[٢] عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: في الميراث نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى[٣]، وهو قول الشعبي رضي الله عنه عملا بالدليلين، واختلفا في قياس قوله، فقال محمد رحمه الله: المال على اثني عشر سهما، للابن سبعة وللخنثى خمسة؛ لأنه إن كان ذكراً يكون المال بينهما نصفين، وإن كان أنثى يكون المال بينهما أثلاثا، فيحتاج إلى حساب له نصف، و[٤] ثلث، وأقل ذلك ستة، وله ثلاثة من ستة من وجه وسهمان من وجه، فله سهمان بيقين فبقي الشك في السهم الزائد فيتنصف فينكسر فيضعف فصار اثني عشر سهما فيصح منه، وقال أبويوسف رحمه الله: بينهما على سبعة، للابن أربعة وللخنثى ثلاثة، فعند الاحتمال يقسم بينهما على قدر حقهما، هذا يضرب بثلاثة وذلك يضرب بأربعة، فيكون سبعة، فالحاصل أن الثلاثة من سبعة أكثر بالنسبة في خمسة من اثني عشر.

---

[١] - وقال في الهداية: "يكره" بدل "لا يجوز"، وهو الصحيح، فإنما كره ذلك لأن لبس الحرير حرام على الرجال دون النساء، وحاله لم يتبين بعد فيؤخذ بالاحتياط، فإن الاجتناب عن الحرام فرض، والإقدام على المباح مباح فيكره اللبس حذراً عن الوقوع في الحرام (انظر الهداية ٤/٧٠٢).

[٢] - وفي (م): "ابن"، وفي الهداية: وهو أنثى عنده في الميراث.

[٣] - وفي (م): "للخنثى نصف ميراث أنثى".

[٤] - زاد في النسخ الثلاث: "له".

# فصل في الحكايات

عن خلف بن أيوب رحمه الله أنه قال: إن الله تعالى جعل العلم بعد نبيه -ﷺ- في الصحابة، ثم في التابعين رضوان الله عليهم أجمعين، ثم في أبي حنيفة رضي الله عنه، وهو ولد في عهد الصحابة[1] وتفقه في زمن التابعين، وكان منهم يعني: من علماء التابعين وهو أعلم وأفقه في زمانه، ولهذا كلف بالقضاء ولم يقبل من غاية ورعه حتى حبس ومات في الحبس، ثم العلم بعده في أصحابه[2] رحمهم الله، من شاء فليرض ومن شاء فليسخط.

روى الضحاك عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال: يكون بعد النبي -ﷺ- رجل يكنى أبا حنيفة رحمه الله، يُحيي دين الله، وسنة رسول الله -ﷺ-، وعن أنس بن مالك رضى الله عنه قال: قال رسول الله -ﷺ-: "يكون فى آخر الزمان رجل يكنى أبا حنيفة يُحيي دين الله وسنتي على يديه، ثم شرفه بالذكر في حديث آخر: هو مليئ قلبه علما وحكمة، الحديث.

وكان أبوحنيفة رحمه الله طويل الصمت، دائم الفكر، قليل المحادثة، ذكره النخعي رضي الله عنه، هذا من أوضح الأمارات على

---

[1] - قال الخطيب البغدادي: ولد أبو حنيفة سنة ثمانين وأنه رأى أنس بن مالك رضي الله عنه (تاريخ بغداد ٣٢٥/١٣، ٣٣).

[2] - وفي (ع): "الصحابة"، وهو خطأ.

علم الباطن وصدق المعرفة.

قال حكيم بن هشام رضي الله عنه: كان أبو حنيفة رحمه الله من أعظم الناس أمانة وديانة حتى أراد السلطان أن يتولى أبوحنيفة مفاتيح خزائنه في يده فأبى، وضربه عشرين سوطا، فاختار عذابه على عذاب الله تعالى.

وعن سفيان بن عيينة رضي الله عنه قال: كان أبوحنيفة يختم القرآن[1] في رمضان ستين ختمة، ختمة بالنهار وختمة بالليل.

وعن محمد بن الحسن قال: قام أبوحنيفة ليلة بهذه الآية: ﴿بل الساعة موعدهم والساعة أدهى وأمرّ﴾[2].

وقال محمد بن سلمة رحمه الله: أوتي من الفهم أبوحنيفة رحمه الله ما لم يؤت غيره، وأدرك بفهمه ما لم يفهمه غيره.

وأجاب أبوحنيفة في مسئلة وخطأه نوح بن دراج رحمه الله وهو من كبار أصحابه، فأنشأ أبوحنيفة يقول: كادت تزل من حالق قدمي لو لا تداركها نوح بن دراج.

عن عبد الله مسعود رضي الله عنه أنه قال: إن الذى يفتي بكل ما يسئلونه إنه لمجنون، وكان أبوحنيفة رحمه الله ربما لا يجيب عن مسئلة سنة، وكان يقول: لأن يخطئ الرجل[3] عن فهم خير من أن يصيبه بغير فهم.

---

[1] – "القرآن" ساقط في (م).

[2] – القمر: ٤٦.

[3] – "الرجل" ساقط في (ن،ع).

وقال علي بن جعد رضي الله عنه يوم مات أبوحنيفة:

حسبي من الخيرات ما أعددته
يوم القيامة في رضى الرحمن
دين النبي محمد خير الورى
ثم اعتقادي مذهب النعمان

وأما أبويوسف رحمه الله فهو من كبار أصحاب أبي حنيفة رحمه الله، وكان من أعرف الناس بأحكام الكتاب والسنة والناسخ والمنسوخ والمحكم والمتشابه وبأقاويل الصحابة رضي الله عنهم بعد أبي حنيفة، حتى روي أنه حفظ عشرين ألف حديث من المنسوخ، فإذا حفظ كذا منه فما ظنك في الناسخ وغيره.

وأما محمد بن الحسن رحمه الله فقد بلغ شأنه في العلم حيث انتهى أمره في تصانيف الكتب وتأليفها وتفريع بدائع التعريفات[1] وتصنيفها إلى ما عرف.

وقال الشافعي رحمه الله: حملت من علم محمد رحمه الله وقر بعير، وكان زهد في الدنيا وآثر الآخرة على الأولى، وحكي عن بعض أصحابه أنه قال: بت عنده ليلة، وكان يتهجد فقام مصليا فلما ركع مخبتا خاشعا يسبح أحصيت تسبيحاته سبعين مرة، كأنها تقطر دما تضرعا وخشوعا.

وكان أبويوسف رحمه الله صاحب حفظ، ومحمد رحمه الله

---

[1] - وفي (ن،ع): "تنويع بدائع التفريعات".

صاحب رواية، وكان بديهيَّة أبي حنيفة رحمه الله كرَوِيّته.

وأما زفر رحمه الله وهو من أهل الحديث فقد جمع بين العلم والعبادة.

وأما الشافعي رحمه الله فمما يدل[1] على مجاهدته في العبادة مع شدة اجتهاده في العلم ما روي أنه يقسم الليل ثلاثة أقسام: ثلثا للعلم، وثلثا للصلاة، وثلثا للنوم.

وأما مالك رحمه الله: فقد كان ورعا في علم الدين حتى روي أنه إذا أراد أن يحدث حديثا يتوضأ، ويسرح لحيته ويطيب، ويتمكن في الجلوس على وقار وهيبة ثم يحدث، وقال: أحب أن أعظم حديث رسول الله -ﷺ- .

وقال المأمون رحمه الله: لولا الحرص لخربت الدنيا، ولو لا شهوة لانقطع النسل، ولو لا الرئاسة لذهب العلم.

وقال أبو نصر رحمه الله: العلم ميت، وحياته الطلب، فإذا حي فهو ضعيف وقوته الدرس، فإذا قوي فهو محتجب، وكشفه المناظرة مع الموافق والمخالف، فإذا انكشف فهو عقيم ونتاجه العمل وهو المقصد الأصلي.

وقال أبويوسف رحمه الله: لا يحل لأحد أن يفتي بقولنا حتى يعرف أحكام الكتاب والسنة والناسخ والمنسوخ ووجوه الكلام.

---

[1] - وفي (م): "بذل".

وقال محمد رحمه الله: لا ينبغي للرجل أن يشتغل بالشعر والنجوم[١] والحساب، وإنما يشتغل بعلم الحلال والحرام وما لا بد منه من الأحكام والناسخ والمنسوخ، ولا بد من التفسير والحديث قدر الحاجة، فإن علم الفقه علم الدنيا، والدنيا مزرعة[٢] الآخرة ليتزود أهلها مما يصلح منها.

وسئل أبوحنيفة عن حد الفقه فقال: أن تعرف كيف تعبد ربك.

وعن أبي يوسف وزفر رحمهما الله أنهما قالا: لا يحل لأحد أن يفتي بقولنا ما لم يعلم من أين قلنا؛ لأن الفتوى لا يحل إلا بالاجتهاد، وذلك[٣] يكون بالتمييز بين أقوال العلماء، وترجيح قول بعضهم على بعض، هذا إذا كان جوابا موثوقاً[٤] به، وإن شك فيه يقول: لا أدري، أو أحال على غيره، وإن كان حافظ الرواية لا بأس بالجواب على وجه الحكاية؛ لأن الحفظ يكفي للرواية، وإن كان غير حافظ لا يسعه القياس؛ إلا أن يعرف طرق المسائل ومذاهب العوام[٥]، وإن كان في المسئلة اختلاف فلا بأس بأن يجيبه، وإن لم يعرف الحجج، فإذا أراد أن يفتي بقول البعض فلا بد من معرفة الحجة.

قال محمد رحمه الله: إذا كان صواب الرجل أكثر من خطأه يحل له أن يفتي؛ لأن الصواب متى كثر فقد غلب صوابه والعبرة للغالب.

---

[١] - وفي (ن،ع): "النحو"، وهو خطأ.

[٢] - وفي (ن،ع): "من" مكان "مزرعة".

[٣] - وفي (ن،ع): "كذلك".

[٤] - وفي (ن،ع): "موقوفاً" مكان "جواباً موثوقاً".

[٥] - وفي (ن،ع): "القوم".

وقال أبوبكر رحمه الله: الفقيه وإن حفظ جميع الكتب لأصحابنا، لا بد له من أن يتلمذ للفتوى حتى يهدي إليه.

قال الفقيه الزاهد أبوالليث السمرقندي رحمه الله: إن كثيراً من المسائل باختيار أصحابنا على عادة أهل بلدهم ومعاملاتهم، فينبغي لكل مفتٍ أن ينظر إلى عادة أهل بلده في زمانه فيما لا يخالف الشريعة.

روى ابن مطيع البلخي رحمه الله أنه قال: كتب أبوجعفر المنصور إلى أبي حنيفة رحمه الله وسأل عنه مسائل وقال في آخر كتابه[١]: فمالك والقياس، إنك ذو رأي وصاحب اجتهاد وقياس، فأجاب أبوحنيفة رحمه الله عن تلك المسائل، ثم قال: أعرف أيها الخليفة! إنا نعمل كتاب الله، ثم سنة رسول الله -ﷺ-، ثم أقاويل[٢] أبي بكر، وعمر، وعثمان، وعلي رضي الله عنهم أجمعين، وقال: إني أدع رأيي عند رأي جميع الصحابة، إلا الثلاث نص أبوهريرة وأنس وسمرة.

وقال: ما جاءنا عن رسول الله -ﷺ- فعلى الرأس والعينين، وما جاءنا عن الصحابة اخترنا، وما جاءنا عن غيرهم فنحن رجال وهم رجال. ويروى عنه أنه قال: إذا اجتمعت الصحابة سلمنا لهم، وإذا اجتمعت التابعون زاحمناهم، وكان من التابعين.

وروى محمد ابن النصر رحمه الله: ما رأيت أحداً أشد تمسكا بالأثر من أبي حنيفة رحمه الله، فإذا كان الآثار مقدما على القياس عنده

---

[١] - وفي (م): "كلامه".

[٢] - وفي (م): "أحاديث".

فكيف يقدم القياس على الخبر على ما قال الطاعن والمخالف أن القياس مقدم على الخبر عنده، والأمر ليس كذلك بل الأمر على خلافه.

وإنما الخلاف بين أبي حنيفة وبين مالك رحمهما الله، قال أبوحنيفة رحمه الله: الخبر مقدم على القياس، وقال مالك رحمه الله: القياس مقدم على الخبر، وكثير من المسائل يدل على صحة ما قال أبوحنيفة.

منها: أن الصائم إذا أكل أو شرب ناسيا لا يفسد صومه للحديث، والخصم أخذ القياس وقال: يفسد صومه.

ومنها: أن المضمضة والاستنشاق فرضان في الجنابة لحديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما، والخصم أخذ القياس وقال: سنتان فيه، كما في الوضوء.

ومنها: شراء ماباع بأقل مما باع قبل نقد الثمن لا يجوز عنده، لقول عائشة رضي الله عنها، والخصم أخذ القياس وقال: يجوز.

ومنها: جعل الآبق أربعون درهما عنده[1]، لحديث عبد الله بن مسعود رضي الله، والخصم أخذ القياس وقال:لا يجب.

ومنها: طلاق السكران يقع عنده، لحديث أبي هريرة رضي الله

---

[1] – وفي الاختيار لتعليل المختار: "ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا فله عليه أربعون درهما وبحسابه إن نقصت المدة، لما روي عن عمرو بن دينار أنه قال: كان النبي -ﷺ- يقول: "جعل الآبق أربعون درهما" واجتمعت الصحابة على وجوب الجعل لكن اختلفوا في مقداره الخ (الاختيار لتعليل المختار ٣/٣٩، كتاب الآبق).

عنه، والخصم أخذ القياس وقال: لا يقع.

ومنها: أن كل ما كان تنجيزه كفراً كان تعليقه يمينا عنده، ومأثور عن عائشة وابن عمر رضي الله عنهما، والخصم أخذ القياس وقال: لا يكون يمينا.

ومنها: أن الوضوء بنبيذ التمر يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله، لحديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، وعنده لا يجوز بالقياس على سائر الأشربة.

ومنها: القهقهة في الصلاة تنقض الوضوء بالحديث، وعنده لا تنقض قياساًعلى خارجها.

ومنها: أن نكاح الأمة على الحرة لا يجوز عنده للحديث[١]، والخصم أخذ القياس وقال: يجوز.

ومنها: أن العبد لا يجوز له أن يتزوج أكثر من ثنتين عنده للخبر، والخصم أخذ القياس وقال: يجوز.

ومنها: أن جماعة قتلوا واحدا اقتص الجميع عنده، لحديث عمر رضي الله، وقال الخصم: لا يقتص الجماعة بواحد، وجنس هذه المسائل أكثر مما لا تحصى.

ومنها: أن متروك التسمية عمداً حرام عندنا بالنص، وعنده حلال لقياس حالة العمد على حالة النسيان.

وكان أبوحنيفة أزهد الناس وأورعهم. روي عن عبد الله بن

---

[١] – "للحديث" ساقط في (م).

المبارك أنه قال: لما دخلت الكوفة فقلت: من أعلم الناس؟ فقالوا: أبوحنيفة رحمه الله، وقلت: من أورع الناس؟ فقالوا: أبو حنيفة رحمه الله، وقلت: من أعبد الناس؟ فقالو: أبو حنيفة رحمه الله.

وهو أخذ الاحتياط في الفقه، ولم يعدل عنه، وظن الظان على خلافه، ويدل عليه مسائل:

منها: أن الصوم أفضل للمسافر من الإفطار إذا لم يشق عليه، وقال الخصم: الإفطار أفضل.

ومنها: إذا شرع في الصوم التطوع، ثم أفسد يجب القضاء احتياطا، وقال الخصم: لا يجب.

ومنها: إذا صب الماء[1] في حلق الصائم انتقض صومه ويقضي احتياطا، وقال الخصم: لا يجب القضاء.

ومنها: الوضوء ينتقض بالخارج من غير سبيلين وهو احتياط، وقال الخصم: لا ينتقض به.

ومنها: أن المصلي إذا علم بعد ما فرغ من صلاته أن إمامه جنب أو محدث يجب أن يقضي صلاته عنده وهو احتياط، وقال الخصم: لا يقضي، وكذا لو ظهر كافرا في أحد قوليه.

ومنها: أن المصلي إذا تكلم في صلاته ناسيا تفسد صلاته عنده، وقال الخصم: إن كان قليلا لا تفسد، وهو ترك الاحتياط منه.

ومنها: إذا استأجر رجل شيئا ثم آجره من غيره بأكثر مما

---

[1] - "الماء" ساقط في (م).

استأجره يتصدق الفضل عنده، وقال الخصم: يطيب الفضل له.

ثم ظن الظان أن أبا حنيفة رحمه الله ترك الاحتياط في مسائل، والخصم أخذه، وهذا غلط منه.

ومنها: أن المقتدي يقرأ خلف الإمام عنده وهو احتياط، قال أبوحنيفة رحمه الله: ترك الاحتياط احتياط؛ لأن المقتدي منهي عن القراءة، وقراءة الإمام له قراءة بالحديث، ألا ترى أنه لو أدرك الإمام في الركوع يكون مدركا لتلك الركعة بالاتفاق، مع أن القراءة لم توجد منه.

ومنها: أن المتوضئ لومس ذكره أو ذكر غيره بباطن كفه ينقض وضوءه، وكذا لو مس الرجل امرأته بشهوة أو بغير شهوة، لأنه عبادة فيحتاط فيه، وقال أبوحنيفة رحمه الله: لاينقض وضوءه؛ لأن النقض بعدم الخارج مع عدم النقض بالخارج من غير السبيلين مما لا يعقل.

ومنها: تكبير التشريق، فالخصم أخذ الأكثر احتياطاً، وأبو حنيفة رحمه الله أخذ الأقل وهو المتيقن، وفيه الاحتياط.

والمسائل الشنيعة[1]، منها: أن النصراني إذا تهود يجبر على عوده إلى دينه عند الخصم، والشناعة فيه أن اليهودي مقر لوحدانية الله تعالى فكيف يجبرعلى العود بأن الله ثالث ثلاثة.

ومنها: البنت المخلوقة من ماء الزاني فلا يجوز التزوج عند أبي حنيفة رحمه الله، وعند الخصم يجوز.

ومنها: حل متروك التسمية عمداً وهو خلاف النص.

---

[1] - وفي (م): "المشتقة".

ومنها: أن العقود والفسوخ بشهادة الزور تنفذ ظاهرا لا باطنا عنده، حتى لو وجد الزوج الأول يحل له وطئها عنده فكيف يحل الفرج لأحدهما بحكم الظاهر وللآخر بحكم الباطن؟

ومنها: أن بيع التعاطي لا يجوز عنده فلو لم يجز لكان أكثر الناس أكلهم حراماً.

ومنها: أن إسلام الصبي لا يصح عنده، وقال: الصبي العاقل يقر بالإسلام ويأتي بالشرائع[١]، ولو قال: أنا مؤمن، وقال الآخر أنت لست بمؤمن [فهو مؤمن][٢].

ومنها: أن من غصب ساحة فأدخله في بناءه زال ملك المالك عندنا ولزمته قيمته، وعنده لا يزول بل يأخذ عينها، وكذا لو غصب لوحا فأدخل في سفينته تنقض السفينة عنده، وعندنا لا تنقض.

* * *

---

[١] – وفي (ن،ع): "باقي الشرائع".

[٢] – ما بين القوسين زدناه تصحيحاً للعبارة.

# الفهارس

# فهرس الكتاب

# فهرس الأحاديث والآثار

# فهرس المسائل الواردة في متن الكتاب

❋ ❋ ❋